Aktuelle Probleme der württembergischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

Juristische Abteilung

der

Eberhard Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Theodor Gulde

aus Heiningen

Druck der J. Gienger'schen Buchdruckerei Weilheim-Teck

1933

Dekan: Professor Dr. Stoll

Referent: Professor Dr. Karl Sartorius

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 7. 1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Literaturverzeichnis V

Einleitung 1

I. Teil:

Allgemeine Grundfragen.

Erstes Kapitel. Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. (Zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs). 3

Zweites Kapitel. Das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. (Unter Berücksichtigung der in den wichtigeren deutschen Ländern geltenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsysteme). 20

II. Teil:

Die besonderen Probleme der württ. Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Erstes Kapitel. Grundzüge der Rechtsbeschwerde nach geltendem württ. Verwaltungsrecht 34

Art. 13 VRPflG — Begriff des subjektiven öffentl. Rechts; Stellungnahme des württ. Verwaltungsgerichtshofs zu diesem Begriff; Folgerungen; Begriff des subjektiven öffentl. Rechts nach dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg; Kritik — Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz auf der Basis des subjektiven Rechts — Die zweite Alternative des Art. 13 VRPflG — Der Begriff des freien Ermessens — Das arbiträre Ermessen; Begriff — Das Ermessensproblem als Problem der unbestimmten Begriffe; Stellungnahme des württ. Verwaltungsgerichtshofs hiezu; zwei Kategorien der unbestimmten Begriffe: entweder Rechtsbegriffe oder nur Richtlinien für die Ermessensausübung; Kriterium: hinreichende Bestimmtheit — Die sogen. inneren Grenzen des freien Ermessens — Berechtigung des Art. 13 Abs. 2 VRPflG — Berechtigung und Tragweite des Art. 15 Nr. 1 VRPflG

bes. im Hinblick auf die neuere und neuste württ. Verwaltungsgesetzgebung.

Zweites Kapitel. Das frühere württ. Parteistreitverfahren und die durch seine Aufhebung im Jahre 1924/25 entstandenen Probleme 86

Problemstellung — Grundzüge der Regelung des Parteistreitverfahrens (Art. 10 VRPflG) im Gegensatz zum Rechtsbeschwerdeverfahren (Art. 13 VRPflG) nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. Dez. 1876 — Vorhandensein einer Partei ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausreichend — Der Staat als Partei — Bedeutung und Berechtigung einer Scheidung zwischen Rechtsbeschwerde- und Parteistreitsachen: innere Wesensverschiedenheit der beiden Erscheinungsformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit; die gegenteiligen Auffassungen insbes. Rupps und Hofackers und Nachweis ihrer Unrichtigkeit; Auseinandersetzung mit Teuffel und die eigene Auffassung; Standpunkt des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg — Der gegenwärtige Rechtszustand infolge der Verordnungen vom 26. 3. 1924 (RegBl S. 173 [§ 13]) und vom 24. 3. 1925 (RegBl S. 41); was heisst in § 13 der Verordnung vom 26. 3. 1924 „im Verwaltungsweg"? Gelten hiefür die Verfahrensvorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes über das Verfahren in I. Instanz wenigstens sinngemäss? Ist die Rechtsbeschwerde im Sinn des § 13 der Verordnung vom 26. 3. 1924 dieselbe wie die in Art. 13 VRPflG oder entspricht sie der früheren Berufung (Art. 43 ff VRPflG)?

Schluss und Ausblick 114

Literaturverzeichnis.

Becker, Enno, Die Reichsabgabenordnung, Berlin 4. Aufl. 1925.

Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.

Elbe, Joachim von, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder, Kieler Diss. 1925.

Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 5. Aufl. 1928.

— Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1906.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen und Leipzig 4. Aufl. 1901.

Göz, Karl, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, Tübingen und Leipzig 2. Aufl. 1902.

Hatschek, Julius, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, Leipzig 5. und 6. Aufl. 1927, 7. und 8. Aufl. 1931.

Hellwig, Konrad, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1. Bd. Leipzig 1903.

— System des deutschen Zivilprozessrechts, 1. Teil, Leipzig 1912.

Hohl, C., Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, Stuttgart 1877.

Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Tübingen 1913.

— Verwaltungsrecht, Berlin, 2. Aufl. 1929.

Kleinfeller, Georg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Berlin, 3. Aufl. 1925.

Klumpp, Heinrich, Das Recht der öffentlichen Fürsorge in Württemberg, 1. Teil, Stuttgart 1933.

Kunze, Fritz, Das Verwaltungsstreitverfahren in Preussen, Berlin 1908.

Laun, R. von, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig 1910.

Mayer, Otto, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. 1 und 2 München und Leipzig, 1., 2. und 3. Aufl. 1924.

Müller, Otto, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preussischem Recht, Berlin 1895.

Oertmann, Paul, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Erlangen-Berlin 1924.

Plappert, Werner, Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des württ. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 in: Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, 18. Heft, 1929.

Pistorius, Theodor von, Staats- und Verwaltungskunde, Stuttgart 1926.

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Berlin 1927.

Sartorius, Karl, Die staatliche Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Kirchenrechts, München 1891.

Sarwey, O. von, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.

Schelcher, Walter, Das Wesen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem geltenden Recht, Berlin 1915.

Stein, Friedrich, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen, 1912.

— Grundriss des Zivilprozessrechts, Tübingen, 2. Aufl. 1924.

Stein-Jonas, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 14. Aufl. 1928/29.

Teuffel, Eberhard, Die Rechtsbeschwerde des württ. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, Tübinger Diss. 1915.

Tezner, Friedrich, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege in: Verwaltungsarchiv Bd. 8 und 9 1901.

— Ueber das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in: Ztschr. f. das Privat- und das öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Grünhut 1892.

Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931.

Entwurf eines Verwalttungsverfahrensgesetzes für Württemberg, Stuttgart 1931 (unter Verwendung der Sitz. Protokolle der 5. und 8. Sitzung der Kommission).

Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1911/12, Beil. Bd. 109, Stuttgart 1911 (Denkschrift über Vereinfachungen in der Staatsverwaltung S. 337 ff.)

Aufsätze.

Anschütz, Gerhard, Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Handbuch der Politik, Bd. 1, 3. Aufl. S. 302 ff.

— Verwaltungsgerichtsbarkeit in: HWB.-KommunalW Bd. 4.

Behr, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Reich und Ländern, Hans. RGZ. A. Sp. 719 ff.

Bühler, Ottmar, Das subjektive öffentliche Recht des Nachbarn, in: Württ. J. 1922 S. 150 ff.

Geier, Die Rechtsbeschwerde im württ. Recht und im Reichsrecht, in: WüRV Bd. 16, 1923, S. 100 ff, 115 ff, 129 ff, 147 ff, 165 ff.

— Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde nach § 13 der Verordnung vom 26. 3. 1924, in: WüRV Bd. 17, 1924 S. 149 ff.

— Das subjektive öffentliche Recht des Nachbarn, in: Württ. J. 1922 S. 145 ff.

— Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde, in: WüRV Bd. 18, 1925, S. 97 ff.

Hartmann, Zum § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes, Archiv ziv. Prax. Bd. 109 S. 144 ff.

Hofacker, Wilhelm, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, Stuttgart 1918.

— Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg, Arch. ziv. Prax. Bd. 118, 1920, S. 281 ff.

— Das subjektive öffentliche Recht des Nachbarn, in: Württ. J. 1922 S. 27 ff; 1923 S. 103 ff; 1924 S. 255 ff.

— Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde, in: WüRV Bd. 20, 1927, S. 81 ff.

— Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1931.

Jellinek, Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in: VStaatsRL II, 1925 S. 8 ff.

Lassar, Gerhard, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, in: Oeffentlichrechtliche Abhandlungen, Heft 2, Berlin 1921.

— in: VStaatsRL II, 1925 S. 81 ff.

— in: Reichsverwaltungsblatt Bd. 50 1929 S. 8 ff.

Rupp, Rechtsbeschwerd und Parteistreitverfahren, in: WüRV 1932 Bd. 25 S. 17 ff.

Schmid, Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, in: WüRV 1931 S. 132 ff; S. 145 ff.

Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff, in: Verwaltungsarchiv Bd. 12, 1904, S. 112 ff.

Sartorius, Karl, Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Württemberg in den Jahren 1925—1931, in: Jahrbücher des öffentlichen Rechts, Bd. 20, 1932, S. 168 ff.

Schultzenstein, Zu dem Begriff und Wesen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: JW 1918, S. 3 ff.

Stengel-Fleischmann von, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: WBStVR, 3 Bd. 2. Aufl. S. 747 ff.

Zorn, Zum Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Paul Krüger, S. 511—533, Berlin 1911.

Zeitschriften.

Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (seit 1931 Württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege) hrsg. von Haller und Natter, seit 1931 unter Leitung von Staatsrat Rau, Stuttgart (zit. WüRV).

Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.

Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege (zit. Württ. J.).

Juristische Wochenschrift, hrsg. vom deutschen Anwaltsverein, Leipzig (zit. JW).

Einleitung.

Verwaltungsgerichtsbarkeit ist Landesgerichtsbarkeit. Dies entspricht der Tatsache, dass die innere Verwaltung auch heute noch im Wesentlichen zur Kompetenz der Länder gehört. Die Verwaltungsorganisation ist, geschichtlicher Entwicklung entsprechend, in den einzelnen deutschen Ländern eine verschiedene. Dies bedingt eine verschiedene positivrechtliche Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den einzelnen Ländern.

Es bestehen jedoch für alle verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsysteme gewisse gemeinsame Grundprobleme. Dies sind vor allem die noch nicht gelösten Fragen betreffend die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Frage nach dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese Probleme sind als Probleme einer jeden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzorganisation auch solche der württembergischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dies berechtigt und verpflichtet zu einer Behandlung dieser beiden Fragenkomplexe in unserer Abhandlung; ihre Erörterung bildet den ersten Teil der Arbeit.

Die speziellen Probleme der württ. Verwaltungsgerichtsbarkeit werden im zweiten Teil als dem Kernstück der Arbeit untersucht werden. Es ergeben sich hier zwei grosse Fragenkomplexe: Im Mittelpunkt der einen Fragenreihe steht der Art. 13 VRPflG als die Vorschrift, die in Württemberg den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Form einer Generalklausel gewährt. Die andere Fragengruppe ist durch die Aufhebung des sogen. Parteistreitverfahrens (Art. 10 VRPflG) in den Jahren 1924/25 sowie daraus entstanden, dass der im Jahre 1931 erschienene Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg die Wiedereinführung des Parteistreitverfahrens in veränderter Form vorsieht.

Die Auswahl der Probleme ist nach ihrer Bedeutung für die Wissenschaft wie für die Praxis erfolgt. Mitberücksichtigt wurde aber auch bei der Auswahl mancher Fragen, ob sie im Hinblick auf die lex ferenda wieder eine besondere Bedeutung erlangen. Die Aktualität der behandelten Fragen ergibt sich daraus, dass sie sämtlich von der Wissenschaft in einheitlichem Sinne noch nicht gelöst sind und

die Stellungnahme der Praxis schwankt. Unbestrittene Fragen und eindeutige positivrechtliche Verhältnisse wurden nur insoweit dargestellt, als sie unerlässliche Voraussetzungen für die Entwicklung einer Frage waren.

Die Zielsetzung der Arbeit geht dahin, die einzelnen aktuellen Probleme der württ. Verwaltungsgerichtsbarkeit einer grundsätzlichen Lösung zuzuführen; es wurden jedoch weitgehend Einzelbeispiele aus dem positiven Recht schon aus dem Grunde in die Erörterung einbezogen, weil theoretische Ausführungen vielfach nur fruchtbringend und deutlich im engsten Zusammenhang mit den bestehenden Rechts- und Lebensverhältnissen, der tatsächlichen Rechtsgestaltung, erörtert werden können. Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es demnach nicht, in Form reiner Sammlertätigkeit zu irgend einer Frage deren sämtliche positivrechtlichen Niederschläge in den einzelnen württ. verwaltungsrechtlichen Gesetzen zusammenzustellen oder etwa die sämtlichen Entscheidungen des württ. Verwaltungsgerichtshofs zu einer bestimmten Frage lückenlos aufzureihen. Richtlinie für uns ist in allen Fragen die Herausarbeitung und die Suche nach der Erkenntnis des Grundsätzlichen.

Erster Teil:

Allgemeine Grundfragen.

Erstes Kapitel.

Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg.

(Zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs).

Die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs ist nichts anderes als die Frage nach der Grenzziehung zwischen Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. Der ausdruck „Zulässigkeit des Rechtswegs" stammt aus früheren Zeiten; er ist für die heutigen Verhältnisse nicht mehr zutreffend. Vor Einführung der Verwaltungsgerichte standen den unabhängigen Zivilgerichten nur die Verwaltungsbehörden gegenüber. Nur die Zivilgerichte gewährten Rechtsschutz in geordnetem mit sichernden Förmlichkeiten ausgestattetem gerichtlichen Verfahren. Diesem „Rechtsweg" stand damals nur der Verwaltungsweg gegenüber; ein Verwaltungsrechtsweg, also ein Rechtsschutz in Form eines ähnlich dem Zivilrechtsweg ausgestalteten, geordneten und förmlichen Verfahren bestand vor Einführung der Verwaltungsgerichte nicht. So versteht man heute unter dem „Rechtsweg" nicht den Zivil- und Verwaltungsrechtsweg, sondern den Zivilrechtsweg im Gegensatz zum Verwaltungsrechtsweg und Verwaltungsweg, also zum Verwaltungsweg im weiteren Sinne. So ist z. B. auch in den Art. 129 Satz 4, 131, 153 RV unter „Rechtsweg" der Zivilrechtsweg zu verstehen. Dass von dieser allgemein anerkannten Auffassung der Identifizierung von „Rechtsweg" mit Zivilrechtsweg das thüringische OVG abweiche, indem es unter „Rechtsweg" auch die Rechtsschutzgewährung vor den Verwaltungsgerichten verstehe, ist unrichtig 1).

Seit Einführung der Verwaltungsgerichte hat die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs an praktischer Bedeutung erheblich verloren, da es rein äusserlich betrachtet gleichgültig sein muss, ob die Verwaltungs- oder die Zivilgerichte über einen streitigen Anspruch zu entscheiden haben, seit diese beiden Gerichtsarten in ihrer Unabhängigkeit und den verfahrensrechtlichen Garantien einander angenähert sind. 2) Lübeck hat sogar dem Privaten das Recht

1) Vgl. Arndt, Arch. öff. R. Bd. 21, NF S. 221 und JW 1926 S. 2319.

2) Vgl. Göz, Verwaltungsrechtspflege, S. 8.

gegeben, zwischen dem Rechtsweg und dem Verwaltungsrechtsweg zu wählen 3) und hat damit äusserlich die beiden Gerichtsarten gleichgesetzt.

Die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs ist erst in neuerer Zeit ihrer Lösung näher gebracht worden. Die Rechtsprechung zu § 13 GVG ist fast unübersehbar. Mit der Frage hat sich insbesondere auch das Reichsgericht in einer grossen Anzahl von Entscheidungen beschäftigt. Oertmann sagt mit Recht, dass die Frage „zu den unerfreulichsten Erscheinungen des Deutschen Rechtslebens gehöre" 4).

§ 13 GVG, die für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs im wesentlichen massgebliche Gesetzesbestimmung lautet:

> „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (und Strafsachen), für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind."

Andererseits ist nach Art. 1 des württ. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 der Verwaltungsrechtsweg „für Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentlichen Recht" gegeben. Was aber als bürgerlichrechtlich und öffentlichrechtlich im Sinn dieser Bestimmungen anzusehen ist, steht dahin. Zwar kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass im allgemeinen die materiellrechtliche Natur der Streitsache für die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheidend ist und die privatrechtlichen Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten, die öffentlichrechtlichen dem Verwaltungsweg oder dem Verwaltungsrechtsweg zuzuweisen sind. Aber die Gesetzgebung hat dabei nur die praktische Frage einer bestimmten prozessualen Behandlung zu entscheiden und ist in vielen Fällen von diesem Grundsatz abgewichen. Die Abweichung ist vor allem erfolgt aus Zweckmässigkeitsrücksichten, aber auch aus politischen und polizeilichen Gründen, ja sogar infolge irriger theoretischer Auffassung über die Zugehörigkeit eines Anspruchs zum öffentlichen oder privaten Recht. 5) Dass sie erfolgt ist, ist unbestreitbar. Es kann da-

---

3) Vgl. Gesetz vom 16. 12. 1916. Es muss hier allerdings gesagt werden, dass in Lübeck eine hochentwickelte Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht.

4) Vgl. Oertmann, Lehrbuch, S. 18/19.

5) Vgl. Stein-Jonas, Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, vor § 1 S. 3, II, 2.

her aus der prozessualen Zuweisung kein Rückschluss auf die materiellrechtliche Natur der Streitsache gezogen werden. 6)

Was unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG zu verstehen ist, hat, wie oben schon angedeutet, weder das Reichsrecht noch das württ. Landesrecht bestimmt. Dies zu tun, wäre dem Gesetzgeber zur Zeit des Erlasses des Gerichtsverfassungsgesetzes auch nicht möglich gewesen, da der Begriff damals im Reich und in den einzelnen Ländern durchaus kein einheitlicher war und die damaligen staats- und verwaltungsrechtlichen Verhältnisse der Länder in ihrer Beziehung zum Reich dies auch nicht zugelassen hätten. 7)

In weitgehendem Maße wurde der Landesgesetzgebung vorbehalten, die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden und Gerichten zu begründen, so dass also bürgerlichrechtliche Streitigkeiten an diese durch die Landesgesetzgebung verwiesen werden können. 8) Hieran hat sich auch durch Art. 105 RV nichts geändert. 9) Eine Schranke bildet nur § 4 EGZPO, wonach der Ausschluss des Rechtswegs für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten lediglich aus dem Grund, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentlichrechtliche Korporation beteiligt ist, nicht erfolgen darf. Andererseits ist die Landesgesetzgebung auch befugt, nicht zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehörige Streitsachen — also solche öffentlichrechtlicher Natur — den ordentlichen Gerichten als Zivilprozessachen zu überweisen. 10) Dies folgt daraus, dass die Reichsjustizgesetze eine derartige Regelung in zahlreichen Landesgesetzen vorfanden und jeden Eingriff in diesen Rechtszustand sowohl

---

6) So auch mit Recht Stein-Jonas, a. a. O.; a. A. scheinbar Hofacker, Ordentlicher Rechtsweg, S. 229: „... hier drängt sich das Bedürfnis hervor, dass der Gesetzgeber uns Klarheit verschafft und wir ziehen mit einigem Recht von einer Zuständigkeitsregelung Schlüsse auf die materielle Natur der geregelten Gegenstände."

7) Mot. zum GVG S. 32 ff.

8) Hinsichtlich der Ansprüche aus Wildschäden ist hiervon verschiedentlich Gebrauch gemacht worden.

9) RGZ Bd. 107 S. 223.

10) Vgl. Lassar, Erstattungsanspruch S. 69. Die Frage hat an praktischer Bedeutung erheblich verloren. Einmal hat § 227 RAO den Rechtsweg für Reichssteuersachen völlig ausgeschlossen; zum andern ist bezüglich der Enteignungsentschädigung und der vermögensrechtlichen Ansprüche aller Beamten die Zuständigkeitsfrage durch Art. 129 Abs. 1 und Art. 153 Abs. 3 RV geregelt. — Die Landesgesetzgebung kann auf diese Weise die Zuständigkeit des Reichsgerichts als Revisionsinstanz begründen.

nach der negativen wie nach der positiven Seite abgelehnt haben. 11)

Nur in den Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen gesetzlich normierten Zuständigkeitsregelung fehlt, wird es von Bedeutung, was unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG zu verstehen ist. Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung ist es, für diese schwierige Frage eine praktisch brauchbare und theoretisch haltbare Lösung zu finden, ohne dass hierbei der klare Wortlaut der gesetzlichen Normierung vergewaltigt werden darf. Bei Lösung dieser Frage gehen wir davon aus, dass der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ein solcher des Reichsrechts und unabhängig vom Landesrecht zu bestimmen ist. 12)

Eine alte Streitfrage ist zunächst die Frage, ob der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 GVG ein materiellrechtlicher ist. Diese Frage wird von einer grossen Anzahl von Schriftstellern bejaht. 13) Dieser Auffassung ist an sich beizutreten; es lässt sich nicht bestreiten, dass der Gesetzgeber zur Zeit des Erlasses des § 13 GVG selbst dieser Auffassung gewesen ist. Es fragt sich aber, ob dieser Streit nicht ein rein theoretischer ist, der entwickelte Begriff auch ein praktischer Rechtsbegriff ist. Dies ist m. E. zu verneinen. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist mit der Feststellung, dass der Begriff ein materiellrechtlicher sei, nichts gewonnen; in diesem Zusammenhang ist aber der Streit von den genannten Schriftstellern erhoben worden. Sinn hätte der Streit um den Begriff nur dann, wenn weiter ausgeführt würde, dass bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG nur privatrechtliche Rechtsstreitigkeiten im materiellen Sinne seien. Dies kann aber, wenn man sich die Forderungen der Praxis vergegenwärtigt, insbesondere im Hinblick auf die erfolgte Umwandlung früher privatrechtlicher Ansprüche in öffentlichrechtliche nicht behauptet werden. Der Streit hierüber ist demnach, da für die Praxis bedeutungslos, überhaupt bedeutungslos.

Zur Lösung der Frage, was unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG zu verstehen ist, welche Merkmale eine solche Rechtsstreitigkeit aufweisen

---

11) Stein-Jonas, a. a. O. S 8; Rosenberg, Lehrbuch S. 23, 3.

12) Stein-Jonas, a. a. O. S. 4; RGZ Bd. 57 S. 350 u. a.; ist h. M.

13) Vgl. Hartmann, Zum § 13 des GVG, S. 156; Hofacker, Ordentlicher Rechtsweg, Argument S. 336; Stein, Beziehungen, hält den Begriff in erster Linie für einen materiellrechtlichen, vgl. S. 30/31.

muss, sind im Laufe der letzten Jahrzehnte eine Reihe von Theorien aufgestellt worden. So wurde behauptet, dass das entscheidende Merkmal in der Person der streitenden Parteien, also darin liege, ob am Rechtsstreit ausschliesslich Privatpersonen oder auf der einen oder beiden Seiten Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sind. Dass diese Ansicht nicht zutrifft 14), bedarf bei Berücksichtigung der heutigen Auffassungen über die Beziehungen und die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht eigentlich keiner Begründung. Es sei nur darauf hingewiesen, dass zwischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts anerkanntermassen die verschiedensten teils privat — teils öffentlichrechtlichen Beziehungen bestehen können. Gegen die Richtigkeit der angegebenen Ansicht spricht auch schon die vor über 50 Jahren erlassene Vorschrift des § 4 EGZPO.

Ebensowenig kann nach allgemeiner Auffassung das entscheidende Merkmal in der anzuwendenden Rechtsnorm liegen. 15) Privatrechtliche Streitigkeiten können durch öffentlichrechtliche Streitigkeiten und umgekehrt bedingt sein. Es kommt häufig vor, dass der Zivilrichter eine öffentlichrechtliche Vorfrage zu entscheiden hat, der Verwaltungsrichter sich mit Privatrecht befassen muss.

Abwegig ist auch die Theorie, die den Rechtsgrund des geltend gemachten Rechtsanspruchs als Kriterium ansieht. 16) Man kann nicht Privatrechtstitel von öffentlichrechtlichen Titeln unterscheiden. Privatrechtstitel z. B. können öffentlichrechtliche Ansprüche erzeugen. Ausserdem ist heute anerkannten Rechtens, dass es beispielsweise auch öffentlichrechtliche Verträge gibt. Die genannte Lehre bezeichnet jedoch den Vertrag als typischen Privatrechtstitel.

Von ungleich höherer Bedeutung für unser Rechtsleben ist dagegen die sogen. Fiskustheorie gewesen. Sie hat die Rechtspraxis unserer Gerichte, insbesondere die des Reichsgerichts, lange Zeit beherrscht. 17)

Die Fiskustheorie erklärt, Vermögens- und Privatrechte seien identisch, seien wesensgleich. Auf den Ur-

14) Ebenso z. B. Stein-Jonas, a. a. O. S. 4; RGZ vom 4. 1. 1927 Jur. Rundschau Nr. 537; Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 11.

15) Ebenso Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprossordnung S. 4; Stein-Jonas, a. a. O. S. 4; RGZ Bd. 57 S. 350, Bd. 62 S. 293 u. a.; Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 11.

16) Urteil des württ. VGH vom 20. 12. 1916 in WüRV Jahrg. 10, 11.

17) Vgl. z. B. RGZ Bd. 22 S. 288; 55, 330; 41, 272; 57, 352; 70, 77; 72, 191.

sprung des Rechts komme es nicht an. Auch Ansprüche, die im öffentlichen Recht wurzeln und öffentlichrechtlichen Vorgängen (Gesetzen, Privilegien, Konzessionen usw.) ihre Entstehung verdanken, haben privatrechtliche Natur und seien dem Zivilrechtsweg zugänglich, wenn sie nur dem Vermögensrecht angehören und der Rechtsweg nicht durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sei. 18) Oder in anderer Formulierung: die privatrechtliche Natur des Vermögensrechts werde dadurch nicht berührt, dass es auf öffentlichrechtlicher Grundlage beruht. 19)

Der Fehler dieser Auffassung liegt in der Verkennung der Tatsache, dass eine grosse Anzahl von vermögensrechtlichen Ansprüchen öffentlichrechtlicher Natur ist und allgemein als öffentlichrechtliche anerkannt wird. Das klassische Beispiel hiefür bietet der öffentlichrechtliche Steueranspruch.

Das Reichsgericht hat diesen Mangel der Fiskustheorie zweifellos auch erkannt. Es hat, nachdem sich fast das gesamte Schrifttum mit Recht von dieser Auffassung abgewandt hatte, trotzdem noch längere Zeit an ihr festgehalten. 20) Das Reichsgericht hat dies nicht ohne gewichtige Gründe getan. Das Festhalten an der fiskaltheoretischen Auffassung liegt einmal in der geschichtlichen Entwicklung begründet, ferner in dem Bestreben des Reichsgerichts, den einmal durch die ordentlichen Gerichte gewährten Rechtsschutz dem Bürger zu erhalten. Das Reichsgericht wollte aber auch durch Beibehaltung früherer Zuständigkeiten seine Machtstellung verstärken. Auch mag die Auffassung mitgespielt haben, dass der Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte ein qualitativ besserer sei, als der durch die Verwaltungsgerichte gewährte 21) (sofern ein Verwaltungsrechtsweg überhaupt bestanden hätte).

Dies bedarf näherer Erörterung.

Der Satz, dass ein vermögensrechtlicher Anspruch begrifflich ein privatrechtlicher sei, hat seine geschichtliche Wurzel in der Fiskuslehre des Polizeistaats. Nach ihr hatte der Staat als solcher kein Vermögen. Es gehörte vielmehr dem Fiskus, der „irgend ein den Individuen ver-

18) RGZ Bd. 70 S. 77; so auch noch 1924 (!) Oertmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts S. 18.

19) RGZ Bd. 22 S. 288.

20) Zum letztenmal wohl klar formuliert in RGZ Bd. 72 S. 191.

21) Diese Auffassung ist im Hinblick auf die heutige Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur begrenzt richtig.

gleichbares Subjekt aus dem Staate herausgewachsen" war. Das Vermögensrecht war aber nach damaliger Auffassung Privatrecht. Alle Rechtsverhältnisse zwischen Untertan und öffentlichem Vermögen waren daher nicht solche zwischen ihm und dem obrigkeitlichen Staat, sondern zwischen ihm und dem Fiskus bestehende. Da aber der Fiskus notwendig Privatrechtssubjekt war, so eignete allen rechtlichen Beziehungen des Einzelnen zum Gemeinwesen, soweit sie einen vermögensrechtlichen Inhalt hatten, privatrechtliche Natur. Diese Auffassung änderte sich auch nicht, als die Staatsrechtslehre anstelle des Dualismus zwischen Staat und Fiskus eine unteilbare Staatsgewalt annahm. 22) Dieser Wechsel der Grundauffassung über die Stellung des Staats in vermögensrechtlicher Beziehung bedingte auch eine Veränderung in der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse. Der Staat lebte nun nach öffentlichem und bürgerlichem Recht und es griff die Auffassung Platz, dass auch öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse, die nicht der Privatrechtsordnung unterlagen, vermögensrechtliche Leistungen zum Inhalt haben konnten.

Diese geschichtlichen Grundlagen haben auch die Auffassung des Reichsgerichts in seiner Stellungnahme beeinflusst. Die Entwicklung ging nunmehr in der Richtung weiter, dass sich die Auffassung darüber, was ein bürgerliches, was ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis sei, mehr und mehr wandelte. Aus bürgerlichen Rechtsverhältnissen wurden öffentlichrechtliche, zivilrechtliche Rechte und Pflichten wurden zu öffentlichrechtlichen Rechten und Pflichten. Die Bedeutung der Fiskuslehre hat nun gerade darin bestanden, den Untertanen Rechtsschutz zu gewähren. Dadurch allein, dass der ordentliche Rechtsweg entfiel, wurde noch nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden und -gerichten begründet. Dies galt insbesondere für die deutschen Länder, die, im Gegensatz zu Württemberg, in ihren Verwaltungsrechtspflegegesetzen das reine Enumerationsprinzip hatten. Das Ergebnis, dass auf diese Weise der Rechtsschutz entfallen musste, wäre mit dem Rechtsgefühl nicht zu vereinbaren gewesen. Das Reichsgericht hat nunmehr die publizistische Natur solcher publizistisch gewordenen Ansprüche zunächst — solange es die Fiskustheorie vertrat — geleugnet und den Rechtsweg vermittels der Fiskustheorie weiter für sie offengehalten, indem es eben erklärt hat, dass Vermögens- und Privatrechts-

22) Vgl. Lassar, Erstattungsanspruch, S. 5, 6.

ansprüche identisch seien. Dies widersprach aber völlig den neueren Anschauungen über die Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Rechtsverhältnis. Ausserdem hat das Reichsgericht in einigen Entscheidungen für bestimmte Rechtsverhältnisse die publizistische Lehre angenommen, wo sie in prozessrechtlicher Beziehung unschädlich war. Diesem Zwiespalt der Auffassungen hat dann den dritten Zivilsenat zu seiner für die Erkenntnis des Problems der Zulässigkeit des Rechtswegs fundamentalen Entscheidung vom 12. 3. 1918 in RGZ Bd. 92 S. 310 veranlasst. Durch dieses Erkenntnis hat das Reichsgericht die Fiskuslehre aufgegeben. 23)

Den äusseren Anlass zur Entwicklung dieser in folgendem zu behandelnden neuen Lehre, die als rein geschichtliche Lehre bezeichnet werden kann, gab dem Reichsgericht der § 6 des preussischen Kleinbahngesetzes vom 28. 7. 1892. Die genannte Bestimmung handelt von dem sogen. Zustimmungsvertrag. Dieser „Zustimmungsvertrag" und die sich aus ihm ergebenden Ansprüche wurden zur Zeit des Erlasses des soeben angeführten Gesetzes als privatrechtliche aufgefasst. 24) Der zwischen dem Unternehmer und dem Wegebaupflichtigen abgeschlossene Vertrag wurde als privatrechtlicher angesehen. Dieser „Zustimmungsvertrag" wird aber heute und wurde auch schon zur Zeit des Erlasses des reichsgerichtlichen Urteils vom 12. 3. 1918, ja schon früher, 24) als ein öffentlichrechtliches Institut aufgefasst. Da die öffentlichrechtliche Natur des „Zustimmungsvertrags" nach neuerer Auffassung auch für das Reichsgericht eindeutig feststand, 25) das Festhalten an der Fiskuslehre damit aber vollends unhaltbar wurde, musste es sich mit zwingender Notwendigkeit einer anderen Auffassung zuwenden. Dies ist in der zitierten Entscheidung des dritten Zivilsenats geschehen und zwar in einem Sinne, der den Rechtsweg für den genannten und parallel gelagerte Fälle mit gutem Grund aufrecht erhielt. Die Begründung der Entscheidung vom 12. 3. 1918 sei wörtlich aufgeführt, da sie für die folgenden Untersuchungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs von erheblicher Bedeutung ist. Die für uns in Betracht kommenden reichsgerichtlichen Ausführungen lauten:

23) Hin und wieder findet sich in Entscheidungen des Reichsgerichts, die zeitlich nach der Entscheidung vom 12. 3. 1918 liegen, Gedankengut aus der Fiskuslehre. Vgl. z. B. das Urteil im „Recht" 1923 Nr. 80.

24) Vgl. RGZ Bd. 30 S. 283; ebenso das Urteil vom 27. 3. 1893.

25) RGZ Bd. 68 S. 370.

„Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG deckt sich aber nicht mit dem Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit und schliesst nicht schlechthin solche Ansprüche aus, welche nach heutiger Auffassung als öffentlichrechtliche angesehen werden. Der Gesetzgeber hat den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als einen gegebenen, ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des Reichs im geschriebenen oder ungeschriebenen Recht fixierten, vorausgesetzt und er hat, was hiernach als bürgerliche Rechtsstreitigkeit galt und deshalb dem ordentlichen Rechtsweg unterstand, auch fernerhin als solche gelten lassen wollen.

Nicht das GVG, sondern die einzelnen materiellrechtlichen reichs- oder landesrechtlichen Gesetze sind für den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit massgebend. Daher kommt es auf die Feststellung an, ob nach den ausdrücklichen Bestimmungen dieser Gesetze, oder falls solche fehlen, aus ihrem gesamten Inhalt und der zur Zeit ihres Erlasses herrschenden Rechtsübung für Streitigkeiten, zu denen ihre Anwendung führen konnte, der Rechtsweg gegeben war. Wenn dies der Fall war, und keine die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte begründende Vorschrift besteht, so ist die Zulässigkeit des Rechtswegs zu bejahen, auch wenn es sich um einen Anspruch handelt, der nach heutiger Auffassung ein öffentlichrechtlicher ist. Dies gilt besonders dann, wenn zur Zeit des Erlasses des GVG oder des besonderen in Betracht kommenden späteren Reichs- oder Landesgesetzes die öffentlichrechtliche Natur des betreffenden Anspruchs noch nicht allgemein anerkannt war. Die Rechtsauffassung über die Scheidung von öffentlichem und privatem Recht hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte wesentlich geändert. Mehr und mehr sind Rechtsgebilde, die früher als privatrechtliche angesehen wurden, als dem öffentlichen Recht angehörig erkannt worden. Dieser Wechsel der Auffassung kann unmöglich zur Folge haben, dass die Streitigkeiten aus solchen früher als privatrechtlich angesehenen Rechtsgebieten nunmehr dem ordentlichen Rechtsweg entzogen werden und damit jeder Rechtsschutz für die betreffenden Ansprüche wegfällt.

§ 13 GVG muss hiernach darin verstanden werden, dass als bürgerliche Rechtsstreitigkeit anzusehen ist, was nach der zur Zeit

der Erlassung des GVG geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung des in Betracht kommenden späteren Gesetzes durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war."

In dieser Richtung liegen noch eine Reihe reichsgerichtlicher Entscheidungen. 26)

Das Reichsgericht hat jedoch diese in der aufgeführten Entscheidung entwickelte rein geschichtliche Lehre nicht selbständig und neu entwickelt. Die in der angeführten Entscheidung entwickelten Grundgedanken stammen von Otto Mayer; 27) er hat zwar diese von ihm geschaffene Lehre später selbst wieder aufgegeben. 28) Dass das Reichsgericht die Mayerschen Ausführungen in der ersten Auflage seines „Deutschen Verwaltungsrecht" gekannt hat, ist anzunehmen, obwohl Otto Mayer in RGZ Bd. 92 S. 310 nicht zitiert ist.

Die Ansicht des Reichsgerichts über die Zulässigkeit des Rechtswegs im Rahmen des § 13 GVG ist unter Berücksichtigung der angeführten Entscheidungen nunmehr die folgende:

Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG ist demnach, was nach der zur Zeit des Erlasses des GVG geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung des in Betracht kommenden späteren Gesetzes durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war. Demnach kann auch für heute als öffentlichrechtlich anerkannte Ansprüche, wenn sie nur zur Zeit des Erlasses des sie begründenden Gesetzes als privatrechtliche angesehen wurden, der Rechtsweg eröffnet sein. Selbstverständlich fallen auch nach Ansicht des Reichsgerichts die in der Literatur als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Zuweisung 29) bezeichneten Rechtsstreitigkeiten unter den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG.

Das Reichsgericht hat also einen formellrechtlichen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG geschaffen.

Dieser vom Reichsgericht in RGZ Bd. 92 S. 310 vertretenen Auffassung stimmen eine Reihe von Schriftstel-

26) z. B. RGZ Bd. 93 S. 79; 93, 203 u. a.

27) Vgl. Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. § 16.

28) In der 2. Aufl. a. a. O. Bd. 1 S. 180.

29) Vgl. z. B. Stein-Jonas a. a. O. S. 4; Lassar a. a. O. S. 73.

lern 30) jedoch nur und teilweise im Ergebnis zu. Die Kritik Rosenbergs 31), die reichsgerichtliche Auffassung sei zu eng, weil darin der eigentlich privatrechtlichen Ansprüche überhaupt nicht gedacht sei, ist bei isolierter Betrachtung von RGZ Bd. 92 S. 310 und ohne Berücksichtigung der später in derselben Frage ergangenen reichsgerichtlichen Urteile zutreffend. Verfolgt man jedoch die neueste reichsgerichtliche Rechtsprechung über die vorliegende Frage 32), so ergibt sich daraus die Unrichtigkeit des dem Reichsgericht von Rosenberg gemachten Vorwurfs.

Lassar macht gegen die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Auffassung, die in RGZ Bd. 92 S. 310 zum Ausdruck kommt, folgendes geltend: Auf der einen Seite ging die allgemeine Richtung der Entwicklung dahin, das Geltungsgebiet des Privatrechts zugunsten des öffentlichen Rechts einzuschränken. Aber in der gleichen Zeit, in der sich diese Wandlung vollzog, hat bezüglich einer Reihe von Rechtsverhältnissen die entgegengesetzte Umbildung stattgefunden. Manche Hoheits- und Herrschaftsrechte gehören heute dem Privatrecht an. Und zur Entscheidung über alle auf Grund dieser „neuen" Privatrechtsverhältnisse strittig gewordenen Ansprüche würde nach der Lehre von den geschichtlichen Privatrechtsansprüchen keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet sein, weil über diese Streitigkeiten weder nach der „zur Zeit der Erlassung des GVG geltenden Rechtsauffassung" noch „nach der Auffassung des in Betracht kommenden späteren Gesetzes" durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war. Diese geschichtliche Lehre führt aber zu dem Ergebnis, dass nicht alle Privatrechtsansprüche in den ordentlichen Rechtsweg gehören. Dies entspricht daher nicht dem geltenden Recht und ist abzulehnen. Dieser Kritik Lassars ist im Hinblick auf RGZ Bd. 92 S. 310 in vollem Umfang beizutreten.

Das Reichsgericht hat nun in den schon oben angeführten Entscheidungen (s. o. S. 12 Anm. 26) die rein geschichtliche Lehre zugunsten folgender im Ergebnis völlig zutreffenden Auffassung verlassen: Für die Zulassung des Rechtswegs kommt es grundsätzlich auf die materielle Natur 33) des Rechtsverhältnisses an, aus dem der Kläger

30) Stein-Jonas a. a. O. S. 8; Rosenberg, Lehrbuch S. 25; Lassar a. a. O. S. 79. A. A. Hofacker a. a. O. vgl. z. B. S. 334; Oertmann a. a. O. S. 18.

31) a. a. O. S. 25.

32) Vgl. z. B. RGZ Bd. 121 S. 293; 129, 287.

33) So z. B. RGZ Bd. 129 S. 287; 109, 189; 113, 131. JW 1929, S. 2331 Nr. 3; Stein, Beziehungen S. 52; Stein-Jonas, a. a. O. S. 4; Teuffel, Rechtsbeschwerde S. 19.

seinen Anspruch herleitet. Ist dieses Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur 34), so ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen; gehört es dem Privatrecht an, so wird der Rechtsschutz gemäss § 13 GVG durch die ordentlichen Gerichte gewährt; beides unbeschadet der sich aus besonderen Gesetzen oder aus der geschichtlichen Entwicklung ergebenden Abweichungen. 35) RGZ Bd. 121 S. 273 weist nochmals mit Nachdruck darauf hin, dass als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG auch alle diejenigen Rechtsstreitigkeiten anzusehen seien, die nach der zur Zeit der Erlassung des GVG geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung des betreffenden späteren Gesetzes durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden waren. Das Reichsgericht hält also in dieser Beziehung ausdrücklich die in RGZ Bd. 92 S. 310 gewählte Formulierung aufrecht.

Die reichsgerichtliche Lehre hat jedoch auch in dieser neuesten Formulierung einen erheblichen Mangel, zwar nicht im Ergebnis, aber in der Begründung. Das Reichsgericht, das sich in dem eben zitierten (RGZ Bd. 121 S. 273) Teilstück seiner Lehre wörtlich auf die in RGZ Bd. 92 S. 310 zum Ausdruck gebrachte Auffassung bezieht, sagt dort:

> „Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinn des § 13 GVG deckt sich aber nicht mit dem Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit und schliesst nicht schlechthin solche Ansprüche aus, welche nach heutiger Auffassung als öffentlichrechtliche angesehen werden..."

Die Unrichtigkeit dieses Satzes ist offensichtlich. § 13 GVG stammt aus dem Jahre 1877. Zu dieser Zeit bestand aber das Problem, dessen Lösung das Reichsgericht erstmals in RGZ Bd. 92 S. 310 versucht hat, noch gar nicht. Die Periode der Umwandlung privatrechtlicher Ansprüche in solche des öffentlichen Rechts hatte nämlich damals noch kaum begonnen. Wie kann man aber aus einer gesetzlichen Bestimmung durch Auslegung Rechtssätze gewinnen wollen, wenn der Gesetzgeber das gedankliche Gut, das durch „Auslegung" gewonnen werden soll, gar nicht ge-

34) Was unter einem öffentlichrechtlichen im Gegensatz zu einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zu verstehen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden, da sich hierüber in Wissenschaft und Praxis eine durchaus feste Meinung gebildet hat.

35) Ebenso mit demselben Wortlaut RGZ Bd. 113 S. 131; JW 1929 S. 2331 Nr. 3. Scheinbar anders RGZ Bd. 118 S. 325.

kannt haben kann! Das Reichsgericht hat sich zur Begründung seiner neuen und neuesten Lehre einer unzulässigen konstruktiven Fiktion bedient. 36) Eine aussergesetzliche Fiktion lässt sich aber auch dadurch nicht rechtfertigen, dass man mit ihr ein als gut angesehenes Ergebnis zu erreichen sucht.

Die Begründung der Lehre des Reichsgerichts, die es uns in der äusseren Form einer Fiktion gegeben hat, ist jedoch in Wirklichkeit die Anwendung eines Analogieschlusses. 37) Dass das Reichsgericht das analoge Verfahren gewählt hat, ist ihm selbst nicht bewusst geworden, da sonst die gewählte Formulierung unverständlich wäre. Analogie ist im Gebiet des Zivilprozessrechts in weiterem Sinne grundsätzlich zulässig. Nun bestehen nach dem Gesetz zwei Arten zivilprozessualer Zuständigkeiten, nämlich die eigentlich bürgerlichrechtlichen Rechtsstreitigkeiten und die Zivilprozessachen kraft Zuweisung. Da aber die Gleichbehandlung der von privatrechtlichen in öffentlichrechtliche umgebildeten Rechtsstreitigkeiten angemessen und zweckmässig ist und nur bei Gleichbehandlung für die Praxis brauchbare Ergebnisse erzielt werden können, ist der reichsgerichtliche Analogieschluss, der äusserlich als Fiktion formuliert ist, berechtigt. 38)

Wir kommen demnach zu folgendem den reichsgerichtlichen Ansichten sachlich naheliegendem in der Begründung jedoch von ihnen verschiedenem Ergebnis:

Der Rechtsweg ist zulässig:

1. Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im materiellen Sinn. Massgebend ist dabei die rechtliche Natur des geltend gemachten Anspruchs.
2. Für die Rechtsstreitigkeiten, die nach der zur Zeit der Erlassung des Gerichtsverfassungsgesetzes geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung des in Betracht kommenden späteren Gesetzes durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden waren. Dies sind geschichtsmässige bürgerliche Rechtsstreitigkeiten oder bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kraft Ueferlieferung.

36) So Lassar a. a. O. S. 76.
37) So Lassar a. a. O. S. 77.
38) Ebénso Lassar a. a. O. S. 79.

3. Für Rechtsstreitigkeiten kraft Zuweisung.

Diese drei Gruppen zusammen bilden die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinn des § 13 GVG.

Wenn nun die ordentlichen Gerichte geschichtsmässige bürgerliche Rechtsstreitigkeiten oder Rechtsstreitigkeiten kraft Zuweisung zu entscheiden haben, so üben sie Zivil- und nicht Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. 39) Auch auf diese beiden Gruppen der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG sind die gesetzlichen zivilprozessualen Bestimmungen in vollem Umfang anwendbar (EGZPO § 3). Daher unterliegen auch die Rechtsstreitigkeiten der genannten Gruppen der Revision (§§ 545 ff ZPO).

Im folgenden sei noch kurz auf die Polemik, die Hofacker 40) gegen die rein geschichtliche Lehre des Reichsgerichts geführt hat, im besonderen eingegangen. Die von der übrigen Kritik gesonderte Behandlung der Hofackerschen Kritik der reichsgerichtlichen Meinung, insbesondere der in RGZ Bd. 92 S. 310 vertretenen, und seiner eigenen Auffassung liegt in der Sonderstellung begründet, die Hofacker auf diesem Gebiet einnimmt. Es interessiert hierbei nur die Hofackersche Grundeinstellung, da sich die reichsgerichtliche Lehre seit Abfassung seiner oben des öfteren angeführten Abhandlung im oben (S. 13/14) erörterten Sinne weiter entwickelt hat.

Hofacker selbst bringt seine eigene Lehre auf die höchst einfache Formel: vor die ordentlichen Gerichte gehören alle 41) bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; die öffentlichrechtlichen Sachen werden im Verwaltungsweg erledigt. 42) Eine derart knappe und klare Formulierung einer Lehre wäre für die Praxis von grösstem Wert, wenn sie richtig wäre; sie ist es aber nicht. Hofacker gibt selbst zu, dass es auch strittige Privatrechtsansprüche gibt, für deren Verfolgung der Rechtsweg nicht gegeben ist. Er erklärt aber, dass diese wenigen Ausnahmen übersehen werden können und glaubt also, sie bei Formulierung seiner Lehre nicht berücksichtigen zu müssen. Ein derartiges Vorgehen ist aber unzulässig; denn es kommt hier nicht auf die (zufällige) Häufigkeit einer rechtlichen Erschei-

39) Stein-Jonas a. a. O. S. 8, 4; a. A. scheinbar Hofacker, Arch. ziv. Prax. Bd. 118 S. 335; ebenfalls a. A. Hartmann, Arch. ziv. Prax. Bd. 109 S. 160.

40) Vgl. Hofacker a. a. O. S. 281 ff.

41) Auch im Original gesperrt gedruckt.

42) Vgl. Hofacker a. a. O. S. 332, 333.

nung an, sondern auf die logische Zuordnung. Darin liegt der Fehler von Hofackers Ansicht, der — man könnte fast meinen aus Opposition zu den vielgestaltigen und wechselnden Auslassungen des Reichsgerichts über die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs — in seinem Streben nach einfacher und klarer Formulierung diesem Ziele die Richtigkeit der Auffassung opfert.

Allgemein kritisiert Hofacker, dass das Reichsgericht in der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs zu Formalismus neige. 43) Dies steht im Widerspruch zu seiner Aeusserung, dass dem Reichsgericht zuzugeben sei, dass es bei Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs manchmal Zweckmässigkeitsrücksichten entsprochen haben mag. 44) Hofacker ist auch sonst nicht immer in seinen Darlegungen von Widersprüchen frei. So begeht er auch denselben Fehler, den er dem Reichsgericht, bloss in entgegengesetzter Richtung, vorwirft: er behauptet, das Reichsgericht versuche mit seiner Auslegung des Begriffs der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit seine Machtbefugnisse durch Zuständigkeitserweiterung 45) zu vergrössern. Er stösst sich aber daran, dass ein Schriftsteller überhaupt der Auffassung sein kann, dass ein fremdes (!) Gericht (nämlich das Reichsgericht) in Verwaltungssachen, in denen der Einzelstaat die Selbstverfügung hat, die oberste Entscheidung übernimmt. Diese Formulierung verrät die Tendenz Hofackers; bloss geht sie in entgegengesetzter Richtung wie die des Reichsgerichts. Hofacker zielt — und das kann auch aus der Gesamtheit seiner Ausführungen indirekt entnommen werden — auf eine starke Erweiterung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten hin.

Zuletzt sei noch der Einwand Hofackers gegen die rein geschichtliche Lehre des Reichsgerichts, nämlich, dass im Wege der Analogie die Zulässigkeit des Rechtswegs, die in § 13 GVG fest abgegrenzt sei, beliebig erweitert werden könne, zurückgewiesen. Es war schon zur Zeit der Abfassung der zitierten Hofackerschen Abhandlung (1921) feststehende Meinung, dass auf dem rechtlichen Teilgebiet des Verfahrensrechts die Anwendung des analogen Verfahrens zulässig sei (Verfahrensnorm ist Zweckmässigkeitsnorm!). Ist dies der Fall — und davon gehen wir aus —, so kann der Hofackersche Einwand nicht durchschlagen. Das ana-

43) Hofacker a. a. O. S. 337.

44) Hofacker a. a. O. S. 336.

45) Man könnte übrigens höchstens von Beibehaltung von einmal gegebenen Zuständigkeiten sprechen.

loge Verfahren kann nur angewendet werden, wenn die Voraussetzungen hiefür gegeben sind. Diese sind gekennzeichnet mit den Stichworten: Gleichheit der Interessenlage, Angemessenheit und Zweckmässigkeit. Dass das Gegebensein oder das Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen und damit auch die Anwendung des analogen Verfahrens subjektiver Würdigung unterliegt, ist ein Mangel der analogen Methode überhaupt und damit kein besonderer Mangel der reichsgerichtlichen Auffassung im konkreten Fall. 46)

Eine Schwäche wird die Entscheidung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten durch die ordentlichen Gerichte im Rahmen unseres heutigen zivilen Verfahrensrechts immer haben: die prozessualen Mittel und begrenzten Möglichkeiten des Zivilprozessrechts sind für die Gestaltung verwaltungsrechtlicher Verhältnisse unzulänglich. Trotzdem ist die vom Reichsgericht im Ergebnis richtige oben (S. 13/14) erörterte neueste Stellungnahme zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs durchaus zu billigen, da ein mit beschränkten Mitteln arbeitender Rechtsschutz besser ist als ein Fehlen des Rechtsschutzes in vielen Fällen. Abhilfe der dargestellten Mängel kann nur eine Aenderung der Gesetzgebung, vor allem auf verwaltungsrechtlichem Gebiet 47), bringen.

Im Einzelfall entscheidet über die Zulässigkeit des Rechtswegs der Streitgegenstand nach dem Vortrag des Klägers, und zwar der Aufbau 48) der Klage und Wesen und Zweck des Klagantrags. 49) Massgebend ist jedoch nicht die Rechtsauffassung des Klägers, sondern die des Gerichts. Der Kläger darf seinen Anspruch nicht nur einen privatrechtlichen nennen und sich hiefür auf die Bestimmungen des BGB berufen. Er muss vielmehr einen Tatbestand vortragen, der den Anspruch und Rechtsstreit darüber als einen bürgerlichrechtlichen erscheinen lässt. 50) Der Rechtsweg kann auch damit nicht begründet werden, dass ein öffentlichrechtlicher Tatbestand etwa in Form eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung in ein bürgerlichrechtliches Gewand

46) So auch Lassar a. a. O. S. 82.

47) Vor allem Beseitigung des Enumerationsprinzips in den Ländern, in denen es noch besteht. Vgl. auch Art. 107 RV!

48) RGZ Bd. 105 S. 39.

49) RG JRd 25, 1263.

50) RGZ Bd. 83 S. 304.

gekleidet wird. 51) 52) Derartige Umgehungsversuche der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung hat das Reichsgericht mit Recht in ständiger Rechtsprechung für unzulässig erklärt. Die Verteidigung des Beklagten kommt für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht in Betracht. Beruft sich der Beklagte z. B. auf ein öffentliches Recht gegenüber dem Klaganspruch, so ist dies ohne Einfluss auf die Zulässigkeit des Rechtswegs; ebenso die Entscheidung öffentlichrechtlicher Vorfragen.

Auch zu diesen Einzelfragen ist besonders wieder die reichsgerichtliche Rechtsprechung sehr umfangreich. Eine Auseinandersetzung mit ihr im Rahmen unserer Untersuchungen würde zu weit führen.

Ebenso kann die Darstellung auf die Aufführung der einzelnen Rechtsstreitigkeiten kraft Zuweisung verzichten, da die einzelnen in Frage kommenden Gesetze die Zuständigkeiten klar geregelt haben und somit hier kein Raum für von der Wissenschaft zu klärende Probleme ist.

51) Vgl. z. B. RGZ Bd. 60 S. 353; 67, 402; 99, 45; 103, 134; 107, 367; 130, 313.

52) Vgl. aber Art. 131 RV und das bei Stein-Jonas a. a. O. S. 10 Ausgeführte.

Zweites Kapitel.

Das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

(Unter Berücksichtigung der in den wichtigeren deutschen Ländern geltenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsysteme).

Nach Beantwortung der Frage der Zuständigkeitsregelung und -verteilung zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten erhebt sich die ebenfalls grundsätzliche Frage nach dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Erkenntnis dieses Problems, das von uns einer grundsätzlichen 53) Lösung zugeführt werden soll, muss aus dem Wesen des Verwaltungsrechts selbst und aus der Erforschung dessen, was auf diesem Gebiet in Form von Gerichtsbarkeit erscheinen kann, gewonnen werden. Es darf hiebei aber nicht rein abstrakt und theoretisch verfahren werden. Es ist vielmehr das in den (wichtigsten) deutschen Ländern geltende positive Recht zu berücksichtigen. Die Theorie darf an den tatsächlichen positivrechtlichen Verhältnissen nicht achtlos vorübergehen. So ist auch der Prüfstein für die Richtigkeit einer Theorie, dass sie sich in der Rechtswirklichkeit, also im Hinblick auf das positive Recht bewährt.

Bei der Untersuchung des Wesens der Verwaltungsgerichtsbarkeit darf, wie gesagt, nicht bloss die Eigenart ihrer Erscheinungsform in Württemberg Berücksichtigung finden. Wir müssen vielmehr auch einen Ueberblick über die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den anderen wichtigeren deutschen Ländern gewinnen, da deren Ausgestaltung in Deutschland durchaus keine einheitliche ist. Die Gründe hiefür sind verschiedene. Die Unterschiede in der Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes liegen einmal in der verschiedenen geschichtlichen Entwicklung, insbesondere der des öffentlichen Rechts in den einzelnen Ländern begründet. Auch sind die politischen Anschauungen der einzelnen Staaten in ihren

53) Es muss hier besonders betont werden, dass die Untersuchung über das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Kapitel nicht nur auf den positivrechtlichen Gegebenheiten unserer verwaltungsrechtlichen Gesetze aufbaut, sondern eine grundsätzliche Lösung der Frage erstrebt. Ihre Ergebnisse können daher für den übrigen Teil der Abhandlung nicht oder nur mit Vorsicht verwertet werden, da die dortigen Untersuchungen rein auf das positive Recht abstellen.

Wechselbeziehungen zu der Verwaltungsrechtsprechung verschiedene. Es können auch für die unterschiedliche Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Faktoren rein äusserlicher Art entscheidend gewesen sein; so z. B. die Grösse eines Landes, seine finanzielle Leistungsfähigkeit, das Bestreben, den staatlichen Behördenapparat nicht unnötig zu erweitern oder die aktive Verwaltung in eine organische Verbindung zur Verwaltungsrechtsprechung, wenigstens in den unteren Stufen, zu setzen.

Wir versuchen demnach zunächst, eine gedrängte Uebersicht über die Grundzüge der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den einzelnen wichtigeren deutschen Ländern zu geben. Dabei bleiben wir uns aber dessen bewusst, dass eine Summe positivrechtlich gleichartig geregelter Erscheinungen noch lange nicht das Wesen eines Rechtsinstituts ausmachen muss. So ist sicher, dass z. B. die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als einer ursprünglichen oder nachträglichen in sämtlichen deutschen Ländern oder die einheitliche Zuständigkeitsregelung in Form des Enumerationsprinzips oder der Generalklausel oder in der eines gemischten Systems nicht das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausmacht. Wir können daher bei unserem Ueberblick über die Grundzüge der landesrechtlichen Einzelgesetzgebung diese Fragen unberücksichtigt lassen. Wichtig erscheint dagegen für unsere Zwecke vor allem die Untersuchung der Frage, ob die Verwaltungsrechtspflegegesetze der einzelnen Länder die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit auf den Schutz subjektiver öffentlicher Rechte beschränken oder ob sie zur Legitimation der Klag- oder Beschwerdeerhebung lediglich die Behauptung gefährdeter Interessen, die Verletzung objektiven Rechts, genügen lassen.

In Preussen 54) ist der Verwaltungsrechtsschutz als sogen. Parteistreitverfahren ausgestaltet. Gegenstand des preussischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist im wesentlichen der Schutz subjektiver öffentlicher Rechte. Für das umfangreiche Gebiet der polizeilichen Verfügungen ist es bestritten, ob die Legitimation zur Klage von der Verletzung eines bestimmten subjektiven Einzelrechts abhängig ist, oder ob der Nachweis der Gefährdung blosser Interessen durch eine polizeiliche Verfügung genügt. Das preussische OVG hat in einer Reihe von Entscheidungen die Legitimation zur Klage auch solchen Personen zuer-

54) Vgl. v. Elbe, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder. S. 23 ff.

kannt, die von der Wirkung einer polizeilichen Verfügung in ihrem natürlichen Rechtskreis, nicht aber in bestimmten subjektiven Rechten betroffen wurden. Auch die sogen. Popularklagen sind ein Beispiel dafür, dass die Verletzung oder Beeinträchtigung blosser Interessen als genügende Sachlegitimation gilt. So kann z. B. jeder an der Veränderung Interessierte gegen die beabsichtigte Einziehung oder Verlegung eines öffentlichen Wegs Einspruch einlegen und gegen den daraufhin ergehenden Beschluss der Ortspolizei verwaltungsgerichtliche Klage erheben. Nach herrschender Meinung gilt in Preussen in gewissem Umfang der Satz, dass Akte des freien Ermessens der Ueberprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegen.

In Bayern 55) kann für sämtliche Verwaltungsrechtssachen der Schutz der Verwaltungsgerichte nur mit Erfolg in Anspruch genommmen werden, wenn es sich um subjektive Rechte und Pflichten aus dem öffentlichen Recht handelt. Die Behauptung gefährdeter Interessen reicht zur Sachlegitimation nicht aus. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle erstreckt sich nur auf Rechtsfragen. Verwaltungsgerichtsbarkeit nach bayrischem Recht ist daher Entscheidung von Streitigkeiten über subjektive öffentliche Rechte und Pflichten unter Ausschluss aller Fragen nach der administrativen Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer Massregel.

In Oldenburg 56) sind die einzelnen Gegenstände ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Rechtssachen oder um Angelegenheiten des freien Ermessens handelt, durch Gesetze und Verordnungen den Verwaltungsgerichten zur Erledigung im Streitverfahren überwiesen.

In Hessen 57) finden sich echte Parteistreitigkeiten neben Angelegenheiten, die nach freiem Ermessen zu entscheiden sind. Eine begriffliche Trennung der reinen Verwaltungssachen von den sogen. Verwaltungsstreitsachen ist daher nicht möglich.

Baden hat die im Klagwege verfolgbaren subjektiven Rechte ausdrücklich den rechtlichen Interessen, die im förmlichen Beschwerdeverfahren verfolgbar sind, gegenübergestellt.

In Thüringen 58) muss nach § 32 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 30. 5. 1923

55) Vgl. v. Elbe a. a. O. S. 33 ff.
56) v. Elbe a. a. O. S. 38.
57) v. Elbe a. a. O. S. 40, 41.
58) Ebd. S. 55.

der Kläger behaupten und beweisen, dass er durch die angefochtene Entscheidung in einem subjektiven Recht verletzt sei und dass diese Rechtsverletzung entweder auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechts oder auf dem Mangel an tatsächlichen Voraussetzungen beruhe. Die Anfechtungsklage gegen Verfügungen, die dem freien Ermessen der Behörde unterliegen, ist daher ausgeschlossen.

Ebenso beschränkt das Hamburgische Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 2. 10. 1921 59) den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auf den Streit um subjektive öffentliche Rechte und Pflichten.

Der Art. 13 des württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 lautet:

> „Ausserdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof vorbehältlich der hiernach bezeichneten Ausnahmen über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, dass die ergangene, auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und dass er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei.
>
> Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind."

Obwohl die Beschränkung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Württemberg auf subjektive Rechte und auf Rechtsschutzgewährung bei Verletzung nur objektiven Rechts bei gleichzeitiger Belastung mit einer Verbindlichkeit schon begrifflich die Nachprüfung von Ermessenssachen ausschliesst, ist dies in Art. 13 Abs. 2 des zit. Gesetzes zur Vermeidung jeglichen Irrtums (wenigstens nach Ansicht des Gesetzgebers) nochmals ausdrücklich hervorgehoben.

Mecklenburg-Schwerin hat die württembergische Formulierung in seinem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 3. 3. 1922 wörtlich 60) übernommen.

Aus diesem Ueberblick über die Ausgestaltung der Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den angeführten Ländern ergibt sich, dass die Landesgesetzgebung

59) Vgl. §§ 10—13.

60) Vgl. § 4 des zit. Gesetzes.

sich im wesentlichen übereinstimmend auf den Schutz der subjektiven Rechte des Bürgers gegenüber der Verwaltung beschränkt hat. Die Landesgesetzgebung hat damit zum grössten Teil die Ueberprüfbarkeit des freien Ermessens durch die Verwaltungsgerichte ausgeschlossen. Von den angeführten Ländern haben nur Oldenburg generell die einzelnen Sachen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Verwaltungsrechtssachen oder um Angelegenheiten des freien Ermessens handelt, den Verwaltungsgerichten überwiesen. In Preussen genügt in speziellen Fällen, in den Fällen der sogen. Popularklagen, die Beeinträchtigung oder Verletzung blosser Interessen, um die Anrufung der Verwaltungsgerichte zu begründen. Obwohl demnach die Geltendmachung blosser verletzter oder beeinträchtigter Interessen nach den verschiedenen deutschen Landesverwaltungsrechten nur in geringem Ausmass den Bürger zur Anrufung der Verwaltungsgerichte berechtigt, so hat trotzdem eine theoretische Betrachtung, die das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit erkennen will, auch auf diese Einzelerscheinungen volle Rücksicht zu nehmen, da es für die theoretische Betrachtung lediglich auf die (zufällige) Häufigkeit einer Erscheinung, nämlich auf eine weitgehende Beschränkung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes auf subjektive (öffentliche) Rechte, nicht ankommt.

Die verwaltungsrechtliche Literatur lässt in der Frage nach dem rechtlichen Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zwei grosse, einander geradezu entgegengesetzte Strömungen erkennen. Die eine Richtung ist mit den Namen Otto Mayer 61), Hatschek, Anschütz und Zorn gekennzeichnet. Die andere Lehre ist von Sarwey 62) zum erstenmal entwickelt worden, die man mit Tezner 63) als die theoretisch-kritische bezeichnen kann; Göz 64) hat sich ihr im wesentlichen angeschlossen. W. Jellinek 65) stimmt mit ihr im Ergebnis überein.

61) Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 140, 169; Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts S. 393; Anschütz in: Handbuch der Politik, Bd. 1, 1920 S. 302 ff; Zorn in: Festgabe für Paul Krüger, Zum Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 511 ff. Ebenso v. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1914 S. 742; desgleichen der Sache nach Kunze, Das Verwaltungsstreitverfahren in Preussen S. 1, 3.

62) Vgl. v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 65 ff.

63) Vgl. Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Verwaltungsarchiv Bd. 8 S. 226.

64) a. a. O. S. 28.

65) Vgl. Verwaltungsrecht S. 288 ff.

Otto Mayer und — dem Inhalt nach — seine eben genannten Anhänger auf diesem Gebiet kommt es für das Wesen der Verwaltungsrechtspflege auf das „bestimmte Justizverfahren, auf den Prozess" an. 66) Den „gerichtlichen Prozess" bezeichnet er als „ein Verfahren unter massgebender Mitwirkung der Beteiligten als Parteien, als ein Parteiverfahren". Nur durch die besondere Form, durch die Form eines gerichtlichen Verfahrens, unterscheidet sich die Verwaltungsrechtspflege von der übrigen Verwaltung. 67) So sind die verwaltungsgerichtlichen Unter- zum Teil auch die Mittelinstanzen überall zugleich Verwaltungsbehörden, so dass hier die Trennung zwischen tätiger (reiner) Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit eine nur prozessuale ist, indem die Behörden dann, wenn sie als Verwaltungsgerichte fungieren, nicht das gewöhnliche formlose Verwaltungsverfahren, sondern eine besondere Prozedur, das Verwaltungsstreitverfahren zu beachten haben. 68) Für die Frage, welche Gegenstände diesem besonderen Verfahren zur Erledigung zuzuweisen sind, sind lediglich Zweckmässigkeitserwägungen des Gesetzgebers massgebend. Otto Mayer und seine Anhänger kennen also einen aus der Natur der Tätigkeit hergeleiteten Unterschied zwischen Verwaltungsrechtspflege und Verwaltung nicht. Folgerichtig widerspricht es nach dieser Auffassung durchaus nicht dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, dass die Verwaltungsgerichte über Angelegenheiten des freien Ermessens zu entscheiden haben. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist für diese Schriftsteller nur eine gerichtlich geformte Art der Verwaltung. 69)

Die Schwäche dieser Auffassung liegt nicht, wie vielfach angenommen wird 70), in der Behauptung Otto Mayers und seiner Anhänger, dass dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Nachprüfung des freien Ermessens durch die Verwaltungsgerichte nicht widerspreche 71), da die Mehrzahl der deutschen Verwaltungsrechtspflegegesetze hierzu in Widerspruch stehe. Vielmehr irrt Otto Mayer darin, dass er meint, dass rein äusserliche, formale Merkmale und Unterschiede den sachlichen Wesensgehalt einer Rechtserscheinung ausmachen können. Dass

66) Otto Mayer a. a. O. S. 140.

67) A. A. auch (neben Sarwey und Göz) Schultzenstein, JW 1918 Bd. 1 S. 5.

68) Vgl. Anschütz a. a. O. S. 307.

69) Zorn a. a. O. S. 527.

70) Vgl. z. B. v. Elbe a. a. O. S. 3.

71) Vgl. die Ausführungen weiter unten.

Otto Mayer auch noch auf den Begriff der Partei (Parteiverfahren) 72) abstellt, ist besonders unerfreulich, da dieser Begriff in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen der deutschen Länder vielfach ein rein konstruktiver 73) und durchaus unbestimmter ist, ausserdem dem Zivilprozessrecht entlehnt ist und auf öffentlichrechtliche Verhältnisse in erheblichem Umfang nicht passt. 74)

Im Gegensatz zu der eben in Kürze dargestellten Lehre der Otto Mayerschen Richtung steht die Theorie, die die Verwaltungsrechtspflege mit dem Schutz subjektiver öffentlicher Rechte gleichsetzt. v. Sarwey, ihr Begründer, hat sie folgendermassen entwickelt 75): Ausgangspunkt ist der begriffliche Gegensatz von Rechtsprechung und Verwaltung. 76) Rechtsprechung kann nur tätig werden zum Schutz eines von der Rechtsordnung unbedingt gewährten und unbedingt durchsetzbaren Individualinteresses, also nur zum Schutze eines subjektiven Rechts. 78) Das Verwaltungsrecht zerfällt nun nach Sarwey in zwei Teile. Den ersten Teil bezeichnet er als „Amtsinstruktion". 79) Er versteht darunter denjenigen Teil des Verwaltungsrechts, „in welchem den Staatsorganen die Anweisungen über das öffentliche Interesse, welches sie zu wahren haben, und über die Wege und Mittel zur Erreichung dieser Zwecke bald mehr, bald weniger genau gegeben werden". Das Verwaltungsrecht im engeren Sinn, der zweite Teil des Verwaltungsrechts, ist derjenige, der die Wahrung der Rechtssphäre der Einzelnen gegen Verletzung ihrer Rechte und gegen Inanspruchnahme von gesetzlich nicht bestehenden Pflichten von seiten der öffentlichen Gewalt bezweckt. 80) Dem Einzelnen ist den Forderungen des öffentlichen Interesses gegenüber ein unantastbarer Bereich geschaffen. Diese Rechtssphäre bindet den Willen der öffentlichen Gewalt genau so wie die privatrechtliche

72) Otto Mayer a. a. O. S. 141.

73) Vgl. Tezner a. a. O. S. 260: er nennt den Parteibegriff des Verwaltungsstreitverfahrens ein „juristisches Kunstprodukt". Dies ist allerdings nur begrenzt richtig. Vgl. hiezu unten S. 91 ff.

74) Eine Ergänzung dieser Kritik bilden die Ansführungen über die eigene Ansicht unten S. 91 ff.

75) Vgl. v. Sarwey a. a. O. S. 65 ff.

76) v. Sarwey, a. a. O. S. 73.

77) Ebd. S. 79.

78) Ebd. S. 82.

79) Ebd. S. 65.

80) v. Sarwey a. a. O. S. 65.

Norm den Willen der einzelnen Rechtssubjekte bindet. 81) Verletzt eine Behörde diese Rechtssphäre des Einzelnen, so verletzt sie damit dessen subjektive Rechte. Nur diejenige Tätigkeit, durch welche gegen einen auf sein entgegenstehendes subjektives Recht sich berufenden Einzelnen die Uebereinstimmung des Verhaltens der Verwaltung mit der öffentlichen Rechtsordnung oder das Gegenteil festgestellt wird, ist Rechtsprechung. 82) Die Aufgabe einer Gerichtsbarkeit auf verwaltungsrechtlichem Gebiet ist auf die Feststellung dieser Grenze beschränkt, wie ja auch der Schutz von Individualrechten ausschliesslich Aufgabe der Zivilrechtsprechung ist. 83) Das Verlangen nach Rechtsschutz ist sonach unstatthaft, wenn der Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen dem Ermessen der Verwaltung anheimgegeben ist, wenn es sich also um die Verwirklichung der „Amtsinstruktion" handelt. Hier kann von Rechtsprechung nicht mehr die Rede sein.

Göz schliesst sich dieser Auffassung der Sache nach an 84); er hat jedoch gegen seine eigene Formulierung im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Begriffe „subjektives öffentliches Recht" und „Interesse" gewisse Bedenken. 85) Auch W. Jellinek 86) kommt dieser Auffassung im Ergebnis nahe, indem er in der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über subjektive öffentliche Rechte unter Ausschluss der Prüfung von Ermessensfragen 87) das Wesen der Verwaltungsrechtspflege sieht, dies aber nur unter dem Vorbehalt „der typischen Betrachtungsweise".

Tezner 88) und Bühler 88) sind in ihren Abhandlungen gar nicht bis zu einer klaren, präzisen selbständigen Formulierung des Wesens der Verwaltungsgerichtsbarkeit gekommen. Tezner hat sich dieses Ziel von vornherein gar nicht gesteckt 89), da die positivrechtliche Regelung der

81) Ebd. S. 72.

82) Ebd. S. 73.

83) Ebd. S. 79.

84) Göz a. a. O. S. 28.

85) die heute kaum berechtigt sind, da die beiden Begriffe in neuerer und neuester Zeit sehr an Bestimmtheit gewonnen haben; wir glauben daher, sie gebrauchen zu dürfen und verweisen auf unsere Definition beider Begriffe im folgenden Abschnitt.

86) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 288 ff, insbes. S. 294.

87) Vgl. auch Lassar, Deutsches Verwaltungsblatt, Bd. 50 S. 9 f.

88) Tezner a. a. O. S. 227; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung S. 262 ff.

89) Vgl. a. a. O. z. B. S. 220 und vor allem S. 275.

Verwaltungsrechtspflege in den einzelnen deutschen Ländern zu verschiedenartig sei, als dass sie auf eine einheitliche Formel gebracht werden könnte. 90) Bühler hat sich mit der Feststellung begnügt, dass sich die landesrechtliche Gesetzgebung über den Verwaltungsrechtsschutz (zur Zeit der Abfassung seines Werkes) in drei Systeme, nämlich in das württembergisch-sächsische, das preussische und das bayrische zergliedern lasse. 91)

Eine eigenartige Weise zur Bestimmung des Wesens der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat Schultzenstein 92) gewählt. Er will alle Fälle, in denen Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegen kann, einzeln unter diesem Gesichtspunkt untersuchen. 93) In zweifelhaften Fällen müssen nach ihm die gesamten vorausgegangenen und begleitenden Umstände, die geschichtliche Entwicklung, der verfolgte Zweck, das erstrebte Ziel und die Ausdrucksweise, die zur Zeit der Erlassung des betreffenden Gesetzes bestanden hat, berücksichtigt werden. Sogar rein äusserliche Merkmale, wie etwa die Ueberschrift eines Gesetzeskapitels mit „Verwaltungsgerichtsbarkeit" können nach Schultzenstein für das Vorliegen von Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheidend sein. 94) Ist nun für jedes Verfahren, das als ein Akt von Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frage kommen kann, ermittelt, ob und weshalb es nach den für das einzelne Verfahren massgebenden gesetzlichen und sonstigen Vorschriften ein verwaltungsgerichtliches ist, so kann durch ihre Zusammenfassung das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gefunden werden. 95)

Mit dieser rein induktiven Methode kann niemals das juristische Wesen einer Rechtserscheinung begriffen, der Wesensgehalt eines Rechtsinstituts erschöpft werden. Das Wesen einer rechtlichen Einrichtung ist, wie schon erwähnt, mehr als die blosse Summe von (zufällig) durch einzelne Gesetze gleichartig geregelten Erscheinungen. Man kann auf diese Weise allenfalls die typischen Merkmale eines Rechtsinstituts feststellen, aber auch nicht mehr.

Die dargestellten Ansichten lassen sich jedoch sämtlich gegenüber folgenden Erwägungen nicht halten.

90) Vgl. auch die Kritik Otto Mayers an Tezner im Arch. öff. Recht, Bd. 17 S. 142.

91) Vgl. auch die Kritik W. Jellineks an Bühler im Arch. öff. Rechts, Bd. 32 S. 580 ff, insbes. S. 593.

92) Schultzenstein in JW 1918 Bd. 1 S. 3 ff.

93) Vgl. a. a. O. S. 8.

94) Vgl. a. a. O. S. 7.

95) Vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 8.

Das öffentliche Recht und damit auch das Verwaltungsrecht zerfällt — und dies ist von Sarwey richtig erkannt worden — in zwei grosse Teile. Den einen Teil kann man als Herrschaftssphäre der öffentlichen Gewalt bezeichnen. Wir verstehen darunter dasjenige Gebiet des öffentlichen Rechts, das der Betätigung des obrigkeitlichen Willens nach den (zufällig gerade) geltenden Gesetzen eröffnet ist. Das Gegenstück zu der Herrschaftssphäre der öffentlichen Gewalt bildet als zweiter Teil des öffentlichen Rechts folgerichtig die Freiheitssphäre des Bürgers. Das ist logischerweise nicht nur das Gebiet des öffentlichen Rechts, das sich der Bürger selbst kraft individuellen (subjektiven) Rechts von den Eingriffen der öffentlichen Gewalt freihalten kann, sondern auch dasjenige, das der Bürger zwar nicht kraft eigener ihm vom Gesetz zugebilligter Rechtsherrlichkeit von obrigkeitlichen Ein- und Uebergriffen freihalten kann, in das aber die obrigkeitliche Gewalt kraft ihr vom Gesetz auferlegter Rechtsverpflichtung nicht eingreifen darf. Sinn und Wesen einer Gerichtsbarkeit auf öffentlichrechtlichem, speziell verwaltungsrechtlichem Gebiet kann daher nur sein, diese vom Gesetz zwischen der obrigkeitlichen Gewalt und der Freiheitssphäre des Bürgers gezogene Grenze aufrecht zu erhalten und zu schützen. Daraus ergibt sich einmal, dass es wesensmässige Aufgabe einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, die dem Bürger vom Gesetz gewährten sogenannten subjektiven Rechte zu schützen. 96) Dies ist nach geltendem Recht in grossem Umfang der Fall. 97) Daraus folgt weiterhin als wesensmässige Aufgabe einer Verwaltungsgerichtsbarkeit der Schutz des objektiven Rechts 98), da der Schutz subjektiver Rechte ohne den Schutz des objektiven Rechts nicht denkbar ist. Zum objektiven Recht gehört auch das Normenrecht und damit auch z. B. die Frage der Auslegung einer Rechtsnorm. 99) Dass die Frage der Auslegung einer

96) Die subjektiven Rechte der vollziehenden Gewalt (nicht des Staates), wenn man solche anerkennen will (vgl. Sartorius, Die staatliche Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Kirchenrechts S. 127) und ihr Schutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Die vollziehende Gewalt wird ihre subjektiven Rechte nie vermittels einer Inanspruchnahme der Verwaltungsgerichte, sondern immer kraft der ihr immanenten Zwangsgewalt durchsetzen. Der Schutz der subjektiven Rechte der vollziehenden Gewalt durch die Verwaltungsgerichte kann nie rechtswirklich werden, und darum auch nicht das Wesen der Verwaltungsgerichtsgerichtsbarkeit ausmachen.

97) Vgl. im einzelnen oben S. 31 ff.

98) Nach Otto Mayer a. a. O. S. 132 kann die Verwaltungsrechtspflege bloss dem objektiven Recht dienen.

99) Vgl. hierzu W. Jellinek, VStaatsRL. II (1925) S. 37.

Rechtsnorm durch Verwaltungsgerichte tatsächlich auch der Rechtswirklichkeit angehört, beweist z. B. das Württ. Gesetz vom 31. Mai 1922 über die Auslegung des § 63 Abs. 3 Satz 3 der Württ. Verfassung durch den Württ. Verwaltungsgerichtshof.

Verletzt eine Verwaltungsbehörde nun das objektive Recht, so hat sie damit auch die zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Bürger gezogene Grenze verletzt. Also auch bei Verletzung nur objektiven Rechts muss verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz eingreifen können. Wird nun durch das objektive Recht einer Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber die Ermächtigung erteilt, nach freiem Ermessen zu handeln, so kann sie hiedurch in die bürgerliche Freiheitssphäre eingreifen den Bürger belasten. Soll nun der Verwaltungsrechtsschutz ein vollkommener sein und schützt er die von uns gezogene Grenze lückenlos, so muss wesensmässig auch das freie Ermessen verwaltungsgerichtlich überprüfbar sein, da auch hier eine Grenze zwischen öffentlichem Gewaltenbereich und der Freiheitsspäre des Bürgers bestehen muss. Ein im Rahmen des freien Ermessens erlassener Verwaltungsakt kann logischerweise nur zweckmässig oder unzweckmässig, notwendig oder nicht notwendig sein. Es gibt also bei einem im Bereich des freien Ermessens unter den Gesichtspunkten der Notwendigkeit und Zweckmässigkeit (beides dem freien Ermessen immanenten Begriffen) erlassenen Verwaltungsakt nur eine Entscheidung, die richtig ist, nur die notwendige und zweckmässige Entscheidung. Ob ein innerhalb des Rahmens des freien Ermessens erlassener Verwaltungsakt diesen Anforderungen entspricht, ob er der zweckmässige und notwendige Verwaltungsakt ist, muss als Grenze zwischen öffentlichem Gewaltenbereich und bürgerlicher Freiheitssphäre ebenfalls verwaltungsgerichtlich überprüfbar sein, wenn der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ein vollendeter sein will.

Zum Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Hüterin und Beschützerin der zwischen obrigkeitlicher Gewalt und dem Bürger vom Gesetz gezogenen Grenze gehört also auch die Ueberprüfbarkeit des freien Ermessens. 100) Dies Ergebnis scheint im Hinblick auf das augenblicklich geltende positive Recht 101), nach welchem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im wesentlichen nur die sub-

100) A. A. grundsätzlich Schultzenstein, JW 1918 Bd. 1 S. 6; ebenso v. Sarwey und Göz (s. o. S. 25).

101) Im einzelnen s. o. S. 21 ff.

jektiven Rechte geniessen, zunächst zu befremden. Wir haben jedoch oben schon festgestellt, dass in Oldenburg und teilweise auch in Preussen (übrigens in ganz speziellen Fällen auch noch in anderen deutschen Ländern) die Verwaltungsgerichte zur Nachprüfung des freien Ermessens berechtigt und verpflichtet sind und dass es für die Erkenntnis des Wesens eines Rechtsinstituts nicht auf die (zufällige) Häufigkeit einer Erscheinung ankommen kann. Die Richtigkeit unseres Ergebnisses leuchtet aber sofort ein, wenn man sich klar macht, dass dem Verwaltungsrecht ganz andere Beziehungs- und Zuordnungsverhältnisse zugrunde liegen als dem Zivilrecht, dass damit auch das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit von dem der Zivilgerichtsbarkeit verschieden sein muss. 102) Es mag in diesem Zusammenhang die Feststellung genügen, dass es im Zivilrecht kein Institut gibt, das der dem öffentlichen Recht immanenten Rechtserscheinung des „freien Ermessens" an die Seite gestellt werden könnte. Dies allein schon bedingt wesensmässige Unterschiede der beiden Gerichtsbarkeiten. 103) Auch muss die Grundlage des öffentlichen Rechts, die Unter- und Ueberordnung, die ungleiche schwächere Rechtsstellung des Bürgers im Verhältnis zur Obrigkeit, in der Gerichtsbarkeit und deren Wesen zum Ausdruck kommen gegenüber den ganz anders gearteten Verhältnissen auf zivilrechtlichem Gebiet. Dies hat vor allem Sarwey, der augenscheinlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Abbild der Zivilgerichtsbarkeit auffasst, verkannt; aus diesem Gesichtspunkt heraus ist seine Lehre verständlich, aber falsch.

Es erhebt sich noch die Frage, warum das gegenwärtig geltende Recht die Ueberprüfbarkeit des freien Ermessens von der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit ausgeschlossen hat, da eine solche Ueberprüfbarkeit doch zum Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehört. Der Grund ist ein rein rechtspolitischer; er liegt darin, dass der Gesetzgeber der Verwaltung in dieser Beziehung ihre Freiheit erhalten wollte, da — und dies muss zugegeben werden — die Verwaltung, die freie Gestaltungsmöglichkeit zur Verwirklichung ihrer Zwecke an sich braucht, von der hemmenden Kontrolle durch die Gerichte frei sein muss, dies aber nur unter der Voraussetzung, dass sie sonst gut, d. h. unparteiisch ist. Dass in der Praxis vielfach auch da, wo

102) Dies haben auch klar erkannt Zorn, Festschrift usw. S. 519, 520; Tezner a. a. O. S. 277.

103) Dies verkennt insbes. v. Sarwey (s. o. S. 26).

de lege lata eine gesetzliche Ermächtigung zur Ueberprüfung des reinen verwaltungsmässigen freien Ermessens sicher nicht gegeben ist, das Bedürfnis zur Ueberprüfung durch die Verwaltungsgerichte besteht oder doch bestehen kann, beweist auch das Urteil des Württ. VGH vom 21. 2. 1923. 104) Dieser Entscheidung liegt zugrunde, dass ein Beamter wegen „mangelnden dienstlichen Bedürfnisses" in ein anderes Amt versetzt wurde. De lege ferenda wird man aber in den Ländern, in denen die Besetzung der Verwaltungsstellen unter parteipolitischen Gesichtspunkten erfolgt, eine Ermessenskontrolle durch die Verwaltungsgerichte in gewissem Umfang begrüssen dürfen.

So wenig es nun dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit widerspricht, dass ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz überhaupt nicht eingerichtet ist, wie es früher vielfach der Fall war 105), so wenig ändert sich ihr Wesen dadurch, dass das positive Recht lediglich Zuständigkeiten, die nur einen Teil der wesensmässigen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte ausmachen, für die Verwaltungsgerichte begründet hat. Der Verwaltungsrechtsschutz ist dann ein seinem inneren Wesen entsprechender und damit vollkommener, wenn die Verwaltungsgerichte kraft positiven Rechts zum Schutz der subjektiven Rechte und des objektiven Rechts berufen sind und ihnen die Befugnis zur Ueberprüfung des freien Ermessens erteilt ist.

Verwaltungsbehörden sind nun nur dann Verwaltungsgerichte, wenn Rechtsschutzgewährung im dargelegten Sinne ihr primärer Zweck ist. 106) Legt ein Bürger gegen eine gegen ihn ergangene Verfügung Verwaltungsbeschwerde etwa bei der nächst höheren Verwaltungsbehörde ein, so tut er dies in der Erwartung, dass die angegangene Behörde die Verfügung zu seinen Gunsten abändere, ihm also Rechtsschutz im weiteren Sinne gewähre, wie ja dies auch der innere Sinn der Verwaltungsbeschwerde ist. Eine reine Verwaltungsbehörde ist also auch in gewissem Sinne Rechtsschutzbehörde. Dieser Rechtsschutz bezweckt aber in erster Linie die Wahrung des staatlichen Interesses, in zweiter Linie aber erst den Schutz des Einzelnen. 107) Eine Verwaltungsbehörde ist demnach nur ein Verwal-

104) Wü.R.V. 1923 S. 121 ff.

105) Verwaltung lässt sich, im Gegensatz zum Zivil- und Strafrecht, auch ohne Verwaltungsgerichtsbarkeit denken.

106) Aehnlich v. Sarwey a. a. O. S. 73.

107) Vgl. Göz, Verwaltungspflege usw. S. 29.

tungsgericht, wenn ihr primärer Zweck in der Rechtsschutzgewährung besteht. Auf die Form und das Vorhandensein von Verfahrensvorschriften kommt es hiebei nicht an 108), da auch für Verwaltungsbeschwerdesachen vielfach, wenn auch nicht in Württemberg, bestimmte Verfahrensvorschriften vorgesehen sind und zumal auch die Verfahrensvorschriften vielfach aus anderen Verfahren ergänzt werden müssen. 109) Sind gewisse gerichtsähnliche Verfahrensformen vorgeschrieben, so spricht höchstens eine Vermutung dafür, dass die Verwaltungsbehörde ein Verwaltungsgericht ist.

Wir können nunmehr das Ergebnis unserer Untersuchungen dahin formulieren:

Verwaltungsrechtspflege ist Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Verwaltung.

Das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht im Schutz des objektiven Rechts und dem der subjektiven Rechte des Bürgers; zu ihrem Wesen gehört auch die Kontrolle des reinen verwaltungsmässigen freien Ermessens.

Eine Behörde ist dann Verwaltungsgericht, wenn ihr primärer Zweck in der Rechtsschutzgewährung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts besteht.

108) So auch Schultzenstein, JW 1918 Bd. 1, S. 5.

109) Vgl. z. B. Art. 72 d. Württ. Ges. über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876.

Zweiter Teil:

Die besonderen Probleme der württ. Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Erstes Kapitel.

Grundzüge der Rechtsbeschwerde nach geltendem württembergischen Verwaltungsrecht.

Der Angelpunkt des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach geltendem württ. Verwaltungsrecht ist der Art. 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876. Er lautet:

> „Ausserdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof vorbehältlich der hiernach bezeichneten Ausnahmen über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, dass die ergangene, auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und dass er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei.
>
> Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihren Ermessen zu verfügen ermächtigt sind".

Die erste Problemgruppe, mit der wir uns im Rahmen unserer Untersuchung im Hinblick auf Art. 13 VRPflG zu beschäftigen haben, ist die Frage nach dem Begriff des einem Beschwerdeführer zustehenden „Rechts" im Sinn des Art. 13 Abs. 1 VRPflG und seiner Bedeutung und die nach der Stellungnahme des württ. Verwaltungsgerichtshofs zu diesem Problem; sodann wird auf die Vorschläge de lege ferenda der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg eingegangen und Stellung genommen werden.

Es ist allgemein anerkannt, dass unter „Rechten" im Sinne des Art. 13 Abs. 1 VRPflG subjektive Rechte zu verstehen sind. Der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts ist nun aber keineswegs eindeutig und der Streit, der sich in der Verwaltungsrechtswissenschaft über diese Frage erhoben hat, ist noch nicht beendet und noch nicht einmal überwiegend zugunsten einer Meinung entschieden. Auf

den augenblicklichen Stand des wissenschaftlichen Streits und die ganze Polemik zu der Frage soll hier nicht eingegangen werden, zumal der Entwurf einer württ. Verwaltungsrechtsordnung die einzelnen Meinungen der verschiedenen Schriftsteller, die sich mit der Frage befasst haben, sehr klar und übersichtlich dargestellt hat; auf diese Darstellung des Streitstandes sei hier verwiesen. 110) Wir können uns hier auf eine kurze Skizzierung der beiden Hauptrichtungen der Auffassungen über den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts beschränken. Diese sind sich darin einig, dass zum Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts eine dem Einzelnen durch das öffentliche Recht eingeräumte Willensmacht gehört. Nach Ansicht der einen Richtung, die mit den Namen Giese und Windscheid gekennzeichnet ist, ist diese Willensmacht das einzige, zumindest aber das ausschlaggebende Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts. Die andere Richtung (Otto Mayer, G. und W. Jellinek, Bühler, Fleiner und Korman) verlangt übereinstimmend als begriffswesentlich für das subjektive öffentliche Recht die Erteilung der Willensmacht durch die öffentliche Gewalt im eigenen Interesse des Einzelnen. Der letzteren Auffassung ist beizutreten. Der Einwand gegen das Begriffserfordernis der Zuteilung der Willensmacht in e i g e n e m Interesse, dass in den meisten Fällen neben das eigene Interesse des Rechtsträgers mitbestimmend das öffentliche Interesse trete 111), schlägt nicht durch, da in all diesen Fällen weniger an die Verfolgung öffentlicher Interessen gedacht ist, als in erster Linie an die „eigenen Interessen" des Bürgers.

In Württemberg finden sich in allen Teilgebieten des Verwaltungsrechts zahlreiche subjektive öffentliche Rechte, so auf dem Gebiet des Weg- und Wasserrechts, des Körperschaftsrechts i. w. S., des Anstalts- und Stiftungsrechts. Die wichtigste Domäne der Erörterung über das Vorliegen subjektiver öffentlicher Rechte ist aber das Baurecht. Auf diesem Gebiete sind zwar insbesondere nach württembergischer verwaltungsgerichtlicher Praxis nur wenige subjektive öffentliche Rechte anerkannt. Die Bauordnung hat aber in hohem Masse Anlass zu grundlegenden Erörterungen zur Frage der subjektiven öffentlichen Rechte gegeben.

110) Vgl. Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg zu Art. 10 S. 101 ff.

111) Vgl. ebd. zu Art. 10 S. 103. Ueber die Stellungnahme zu dem in Art. 10 des Entw. aufgestellten Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts und die Stellungnahme des Verfassers hiezu s. u. S. 43 ff. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs wird an Hand einzelner Entscheidungen erörtert werden.

Die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs auf dem Gebiet des Baurechts sind für dessen Stellungnahme zu dem Problem der subjektiven öffentlichen Rechte grundlegend.

Zum Ausgangspunkt unserer Erörterungen über die Stellungnahme des württ. Verwaltungsgerichtshofs zum Begriff und Problem der subjektiven öffentlichen Rechte wählen wir die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 12. 11. 1921. 112) Dieses Urteil des VGH ist auf die Nichtigkeitsklage des Württ. Ministeriums des Innern mit Schriftsatz vom 17.—19. August 1921 ergangen; mit dieser Nichtigkeitsklage suchte das Ministerium des Innern das in derselben Sache ergangene Urteil des VGH vom 13. 7. 1921 anzufechten. Das auf die Nichtigkeitsklage hin ergangene Urteil deckt sich sachlich mit der vom Ministerium des Innern angefochtene Entscheidung vom 13. 7. 1921. In dem Urteil vom 12. 11. 1921 heisst es u. a.:

> „Die Bindung von Verwaltungsakten an bestimmte Normen unter Ausschluss des freien Ermessens der Verwaltungsbehörde begründet aber allein nicht ohne weiteres ein subjektives Recht des Einzelnen auf Vornahme des im Gesetz angeordneten Verwaltungsakts, ein solches muss vielmehr dem Einzelnen in dem sich auf den Verwaltungsakt beziehenden Rechtssatz erkennbar eingeräumt sein. Es ist nicht vorhanden, wenn ein an sich zwingender Rechtssatz nur eine Anweisung an die Behörde zur Vornahme der Verfügung enthält, da ein solcher nur objektives Recht darstellt. Wenn hiebei der materielle Erfolg des entsprechenden Handelns der Behörde dem Einzelnen zugute kommt, so liegt darin lediglich eine sogenannte Reflexwirkung der Gesetzesvollziehung, also des objektiven Rechts zugunsten des Betreffenden (Fleiner a. a. O. S. 163, G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 67 ff, Laband im Archiv für öffentliches Recht 19, 614)."

Die Begründung führt dann weiterhin zu Art. 95 BauO selbst aus:

> „Der Art. 95 hat, indem er für gewisse Arten von Bauwesen, wie sie in Abs. 2 aufgeführt sind, der Baupolizeibehörde die Erteilung besonderer strengerer Bauvorschriften aufgegeben hat, welche zur Abwendung der aus der besonderen Art der Anlage sich ergebenden Gefahren, Nachteile und Belästigungen geboten erscheinen, den Schutz sowohl des Publikums

112) Vgl. WüRV Bd. 20, 1922, S. 45 ff.

überhaupt, d. h. der Allgemeinheit, als auch im besonderen der Besitzer und Bewohner der benachbarten Grundstücke gegen die aus derartigen Bauten entstehenden Gefahren usw. im Auge. Dies ergibt die für die Erteilung solcher strengeren Vorschriften bestimmte Voraussetzung, dass die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften zum Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum der Besitzer und Bewohner der benachbarten Grundstücke und des Publikums überhaupt, nicht genügen. Aus der Tatsache, dass das Gesetz in Art. 95 die Schutzbedürftigkeit der Besitzer und Bewohner der benachbarten Grundstücke gegenüber jenen Gefahren neben der des Publikums, im Gegensatz zu Art. 81 Abs. 2 b und Abs. 3 der früheren Bauordnung vom 6. 10. 1872, hervorhebt und ihren Schutz hiegegen im Wege polizeilichen Eingreifens sich besonders zum Ziele setzt, obwohl der dem Publikum, zu dem diese Nachbarn ja ebenfalls gehören, gewährte Schutz auch ihnen zugute kommt (Landmann, a. a. O. Bem. 3 zu § 18), ist zu folgern, dass das Gesetz von einem über das allgemeine Interesse des Publikums hinausgehenden Individualinteresse 113) dieser Nachbargrundstücksbesitzer und -bewohner an der Bewahrung vor dem in Art. 95 genannten Gefahren usw. ausgeht. Indem das Gesetz die Behörde zur Sicherung und zum Schutz dieser Individualinteressen im Weg polizeilicher Sondermassnahmen verpflichtet, welche Verpflichtung von den genannten Nachbarn im Weg der Einwendungen gegen ein Baugesuch nach Art. 104, 111, 113 BauO geltend gemacht werden kann, anerkennt es zugleich ein entsprechendes subjektives Recht dieser Besitzer und Bewohner (W. Jellinek, a. a. O. S. 51, 70, 100; Bühler a. a. O. S. 21, 44 ff, 347).

Der Art. 95 der BauO kommt übrigens auch dem Anspruch des Grundstückseigentümers auf Grund der §§ 906, 907 i. V. mit § 1004 BGB entgegen und bildet insofern eine öffentlichrechtliche Auswirkung des in diesen Bestimmungen begründeten Privatrechts. Daraus lässt sich ebenfalls ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass dem Besitzer des benachbarten Grundstücks und weitergehend auch den Bewohnern desselben ein Recht auf behördlichen Schutz gegenüber Anlagen, die Leben, Gesundheit oder Eigentum gefährden oder schädigen, und demgemäss auf Massnahmen

113) Vom Verfasser gesperrt.

zur Abwendung solcher Gefahren in Art. 95 eingeräumt werden sollte.

Wieso die Ableitung eines subjektiven Rechts des Nachbarn aus Art. 95 der BauO mit dem ganzen Aufbau der BauO nicht vereinbar sein soll, wie die Nichtigkeitsklage annimmt, ist nicht ersichtlich. Die BauO gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie etwa durchweg nur Weisungen an die Behörde, nur allgemeine „Gesetzesvollziehungsansprüche" (Fleiner a. a. O. S. 163) der Einzelnen enthalte, nicht etwa auch gelegentlich Einzelrechte begründen wollte. Ob und inwieweit das eine oder andere in Betracht kommt, richtet sich nach dem Inhalt der einzelnen Bestimmungen. (Vgl. auch Bühler a. a. O. S. 348). An der Hand dieser ist jeweils zu beurteilen, ob sich sogen. Eigenrechte aus ihnen ableiten lassen. Damit erledigen sich auch die in der Nichtigkeitsklage mit dem Hinweis auf die Wirkung der Auslegung des Art. 95 der BauO durch den VGH auf diejenige der Art. 11 Abs. 1, Art. 31, 32, 40 Abs. 3, Art. 65 Abs. 1 BauO erhobenen Einwendungen. Dass in Art. 79 BauO ausdrücklich dem Nachbarn ein Recht auf Einhaltung eines bestimmten Grenzabstands bei Schuppenbauten eingeräumt ist, kann allein nicht als Beweisgrund gegen die Ableitung eines subjektiven Rechts des Nachbarn aus Art. 95 verwendet werden, wenn sich ein solches aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung selbst unzweifelhaft ergibt. Ueberdies handelt es sich in Art. 95 um einen anderen Gegenstand als in Art. 79, nämlich um eine Sonderbestimmung zum Schutz auch des Nachbarn gegen die aus besonders gearteten Bauwesen entstehenden Gefahren, Nachteile oder Belästigungen. Ebensowenig kann zugegeben werden, dass die Annahme eines subjektiven Rechts nach Art. 95 der BauO mit den Bestimmungen in Art. 116 und 120 Abs. 3 nicht verträglich wäre. In Art. 116 ist dem Ministerium die Befugnis der Befreiung von baupolizeilichen Vorschriften doch nur u. a. insoweit eingeräumt, als dem Recht oder erheblichen Interessen kein Eintrag geschieht, sie ist also auch gegenüber einem Recht aus Art. 95 ausgeschlossen, und nach Art. 120 Abs. 3 kann die Unterlassung oder Abtragung einer entgegen den gesetzlichen Vorschriften begonnenen oder vollendeten Bauausführung u. a. angeordnet werden, wenn und soweit es durch erhebliche Privatinteressen gefordert wird."

In dem vorliegenden Urteil hat der VGH zu den meisten Fragen, die im Hinblick auf den Begriff und das Vorliegen von subjektiven öffentlichen Rechten aufzuwerfen sind, Stellung genommen.

Der VGH gibt am Anfang der Entscheidung zunächst eine Definition des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts, die allerdings teils im weiteren Verlauf der Entscheidung noch ergänzt, teils aber noch in anderen Entscheidungen erweitert und vervollständigt wird. 114) Ein subjektives öffentliches Recht liegt nach der noch zu ergänzenden Definition des Verwaltungsgerichtshofs vor, wenn die Verwaltungsbehörde bei der Erlassung von Verwaltungsakten an bestimmte Normen gebunden ist und dem Einzelnen in dem sich auf den Verwaltungsakt beziehenden Rechtssatz das Recht auf Vornahme des im Gesetz angeordneten Verwaltungsakts erkennbar eingeräumt ist. In den weiteren Darlegungen folgert die Entscheidung im Hinblick auf Art. 95 der BauO, dass speziell der Art. 95 von einem über das allgemeine Interesse des Publikums hinausgehenden Individualinteresse der Nachbargrundstücksbesitzer und -bewohner an der Bewahrung vor den in Art. 95 genannten Gefahren usw. ausgehe. Indem das Gesetz nun die Behörde zur Sicherung und zum Schutz dieser Individualinteressen verpflichtete, anerkenne es zugleich ein entsprechendes subjektives Recht dieser Besitzer und Bewohner. Damit erklärt der VGH klar und deutlich, dass zur Bejahung des Vorliegens eines subjektiven öffentlichen Rechts das Vorhandensein eines „Individualinteresses" des Bürgers erforderlich ist, das „Individualinteresse" also für das subjektive öffentliche Recht begriffswesentlich ist. Dies scheint die Kommission für den Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung in Württemberg nicht beachtet zu haben, indem sie im Hinblick auf die vorliegende Entscheidung als Definition des Verwaltungsgerichtshofs die folgende aufführt:

„Subjektives öffentliches Recht ist die vermöge Rechtssatzes zugunsten 115) bestimmter Personen fest-

114) s. u. S. 40.

115) Die Wendung „zugunsten bestimmter Personen" bringt nicht genügend deutlich zum Ausdruck, dass zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts das Vorliegen eines Individualinteresses erforderlich ist. Eine Verwaltungsverfügung, die die Pflasterung eines Strassenzugs anordnet, wirkt auch „zugunsten bestimmter Personen", nämlich zugunsten der Strassenbenützer, ohne dass hier von einem über das allgemeine Interesse des Publikums hinausgehenden Interesse, nämlich von einem Individualinteresse, gesprochen werden könnte.

gesetzte Bindung eines Verwaltungsakts an bestimmte sachliche Voraussetzungen." 116)

Zur Beantwortung der vorliegenden Frage, welche Begriffsbestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts der württ. VGH vertritt, sei noch die Entscheidung des VGH vom 27. 8. 1919 117) herangezogen. Dort wird u. a. ausgeführt:

> „Ohne Zweifel enthält die Auferlegung einer solchen Sicherheitsleistung eine Belastung des davon Betroffenen mit einer Verbindlichkeit und damit einen Eingriff in seine Rechtssphäre, nämlich in das auch der öffentlichen Verwaltung gegenüber bestehende Recht auf Genuss und freie Verwendung des Vermögens. Sie kann daher auf Grund der Behauptung, dass dem von ihr Betroffenen die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auf Grund des genannten Reichsgesetzes 118), welches, sofern es Rechte des Staats als Träger obrigkeitlicher Gewalt gegenüber dem Einzelnen regelt, öffentliches Recht enthält, nicht obliege, mit der Rechtsbeschwerde nach Massgabe des Art. 13 VRPflG angefochten werden."

Der VGH spricht hier von dem auch der öffentlichen Verwaltung gegenüber bestehenden „Recht auf Genuss und freie Verwendung des Vermögens". Damit stellt der VGH neben die von ihm in der oben zitierten Entscheidung vom 12. 11. 1921 anerkannten subjektiven Rechte auf Vornahme eines Verwaltungsakts, also neben die Rechte auf Vornahme einer Handlung die subjektiven Rechte auf Unterlassung eines Eingriffs in den Genuss und die freie Verwendung des Vermögens. Diese Art von subjektiven Rechten, die nicht allgemein, doch überwiegend als solche aufgefasst werden, werden in der Verwaltungsrechtsliteratur als Freiheitsrechte bezeichnet.

Auf diesen Grundlagen ergibt sich demnach als Definition des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts durch den württ. VGH zur Zeit der zugrunde gelegten Entscheidungen die folgende: Ein subjektives Recht liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde bei der Erlassung von Verwaltungsakten an bestimmte Normen gebunden ist und dem Einzelnen in seinem Individualinteresse in dem sich auf den Verwaltungsakt beziehenden Rechtssatz das Recht

116) Vgl. Entwurf zu Art. 10 S. 100.

117) WüRV 1919 S. 73.

118) Gemeint ist das Reichsgesetz über die Sicherung der Kriegssteuer vom 9. 4. 1917.

auf Vornahme des im Gesetz angeordneten Verwaltungsakts oder ein Recht auf Unterlassung eines Eingriffs gegenüber der Verwaltung erkennbar eingeräumt ist. Aus dieser Definition geht allerdings nicht ohne weiteres hervor, dass der VGH zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts eine dem Einzelnen vom Gesetz zuerteilte Willensmacht verlangt. Es geht dies jedoch indirekt aus der vom VGH in seiner Entscheidung gewählten Formulierung, die von der „Einräumung eines Rechts des Einzelnen auf Vornahme des im Gesetz angeordneten Verwaltungsakts" spricht, hervor.

Die Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung vom 12. 11. 1921 für das Problem der subjektiven Rechte im württ. Verwaltungsrecht ist damit aber noch nicht erschöpft. Die Definition des Verwaltungsgerichtshofs vom Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts gibt lediglich Aufschluss über die Voraussetzungen eines solchen Rechts, damit ist aber noch nichts darüber gesagt, w o und w a n n im Einzelfall ein subjektives Recht vorliegt. Auch hiefür hat die Entscheidung Richtlinien gegeben, denen allerdings nur zum Teil beigetreten werden kann. Der sachliche Inhalt der Entscheidung handelt, wie wir gesehen haben, von Art. 95 BauO, speziell von der Ableitung eines subjektiven Rechts aus dieser Bestimmung. Die Begründung stellt hiezu zunächst fest, dass die BauO keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass sie lediglich Weisungen an die Behörden enthalte, nur allgemeine „Gesetzesvollziehungsansprüche" und keine Eigenrechte des Einzelnen begründe. „Ob und inwieweit das eine oder andere in Betracht kommt, richtet sich nach dem Inhalt der e i n z e l n e n B e s t i m m u n g e n. An der Hand dieser ist jeweils zu beurteilen, ob sich sogenannte Eigenrechte (gemeint sind natürlich subjektive Rechte) aus ihnen ableiten lassen." Der VGH will also, um sich für die Bejahung oder Verneinung des Vorliegens eines subjektiven Rechts zu entscheiden, eine Gesetzesbestimmung vollkommen aus ihrem Zusammenhang reissen und kann damit die Frage nur rein nach dem Wortlaut der in Frage stehenden Einzelbestimmung, also rein begriffsjuristisch beurteilen; das letztere deshalb, weil er die dem Gesetz im ganzen zugrunde liegenden Wertungen auf diese Weise gar nicht in Betracht zieht. Dass ein derartiges Vorgehen den Verhältnissen nicht gerecht wird, steht ausser Zweifel. Dies hat schon Hofacker 119) richtig erkannt. Ihm kommt

119) Württ. Z. 64, 1922, S. 52 ff.

es darauf an, die Ausdrucksweise und den Stil der BauO, in der Art. 95 steht, zu würdigen. Am richtigsten wäre es vielleicht zu sagen, dass für die Beurteilung unserer Frage der sich aus der Gesamtheit der Einzelbestimmungen des Gesetzes ergebende Wille und der Aufbau des Gesetzes massgebend ist; dabei sind Ausdrucksweise und Alter des in Frage kommenden Gesetzes zu berücksichtigen. Der VGH hat indessen selbst nicht seine von uns dargelegte Auffassung konsequent durchgeführt; denn er erklärt wenige Sätze nach den oben zitierten: „Ebensowenig kann zugegeben werden, dass die Annahme eines subjektiven Rechts nach Art. 95 BauO mit den Bestimmungen in Art. 116 und 120 Abs. 3 nicht verträglich wäre.." Damit hat der VGH das wenige Zeilen weiter oben in seiner Entscheidung abgelehnte Auslegungsmittel, nämlich die Frage des Vorliegens eines subjektiven Rechts nur aus der einzelnen Gesetzesbestimmung heraus und nicht auch im Hinblick auf andere mit der gerade in Frage stehenden Einzelbestimmung in innerem Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu entscheiden, selbst verwendet. Hofacker scheint dies nicht beachtet zu haben und geht daher in seiner Kritik zu weit. 120)

Das Urteil vom 12. 11. 1921 kommt zu dem Ergebnis, dass Art. 95 BauO den Besitzern und Bewohnern der benachbarten Grundstücke ein subjektives Recht gewährt. Dieser Auffassung kann jedoch besonders im Hinblick auf die von der Entscheidung selbst zitierten Art. 116 und 120 Abs. 3 BauO nicht beigetreten werden. Hofacker, auf dessen Begründung hier verwiesen sei 121), hat dies eingehend und zutreffend dargetan. Der VGH hat jedoch trotzdem an seiner Auffassung noch längere Zeit festgehalten. 122) Erst in dem Urteil vom 1. 4. 1931 123) scheinen dem VGH selbst erhebliche Bedenken in dieser Frage gekommen zu sein. Er führt in dem angeführten Urteil u. a. aus:

> „Die Rechtsbeschwerde kann aber nach Art. 13 VRPflG auch auf diese Vorschrift nur dann gestützt werden, wenn darin dem benachbarten Grundstückseigentümer des Bauenden ein Eigenrecht gegenüber der Baupolizeibehörde 124) auf Erlassung strengerer Vorschriften als der allgemeinen bau-

120) Vgl. a. a. O. S. 57 ff.

121) Vgl. a. a. O. S. 52 ff.

122) Vgl. z. B. die Urteile des VGH in WüRV 1926 S. 18 und 1930 S. 54.

123) WüRV 1931 S. 187 f.

124) In der Entscheidung gesperrt gedruckt.

polizeilichen Bestimmungen zur Abwendung der für ihn sich ergebenden Gefahren, Nachteile oder Belästigungen gegeben ist. Der VGH hat in seinen Urteilen vom 13. Juli 1921 und vom 12. November 1921 ein solches Eigenrecht des benachbarten Grundstückseigentümers als vorhanden angenommen."

Diese Auffassung ist im Schrifttum nicht unangefochten geblieben; es bedarf aber hier keines weiteren Eingehens auf diese Frage. Ob der VGH, der in der angezogenen Entscheidung eine nochmalige Ueberprüfung der Frage im Falle seiner Anrufung den Art. 95 BauO betreffend in Aussicht stellt, seinen Standpunkt im Sinne unserer Auffassung revidiert, muss abgewartet werden.

Im übrigen steht der VGH der Anerkennung von subjektiven Rechten im Gebiet des Baurechts ablehnend gegenüber. So hat er bis in die jüngste Zeit herein in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass dem Nachbarn eines Bauenden aus der Bauordnung und den diese ergänzenden Ortsbausatzungen, soweit diese Vorschriften nicht ausdrücklich den besonderen Schutz der Nachbarn bezwecken, weder gegen den Bauenden selbst noch gegen die Baupolizeibehörde einen persönlichen Rechtsanspruch auf Einhaltung und Durchführung dieser Vorschriften herleiten könne. Der Nachbar hat nach durchaus zutreffender Auffassung des VGH auch kein Recht darauf, dass diese Vorschriften in einer seinem besonderen Interesse entsprechenden Richtung gegenüber dem Bauenden zur Anwendung gebracht werden. Die Art. 34 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 2 BauO begründen keine subjektiven Rechte. 125) Im übrigen werden u. a. als subjektive Rechte anerkannt: das Recht der Gemeinde auf Anstellung von Gemeindebeamten 126) und das Recht auf Benützung einer Sondergrabstätte. 127) 128)

Der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg hat nun, um Klarheit in den Begriffswirrwar der subjektiven öffentlichen Rechte zu bringen, und um für die württ. Verhältnisse eine Grundlage für eine einheitliche Auslegung zu schaffen, den Versuch unternommen,

125) Vgl. die Urteile vom 1. 12. 1931 (WüRV 1932 S. 136 ff); vom 7. 9. 1926 (Württ. Z. Bd. 64, S. 175); im übrigen vgl. auch WüRV 1926 S. 14; WüRV 1930 S. 53; WüRV Bd. 14 S. 13; WüRV Bd. 19 S. 76; WüRV Bd. 20 S. 122, S. 123; WüRV Bd. 22 S. 106 und 158.

126) WüRV Bd. 18 S. 74.

127) WüRV B. 16 S. 91.

128) Die Stellungnahme des VGH zur Frage der Rechtsnatur des Gemeindebrauchs an öffentlichen Sachen soll weiter unten erörtert werden.

eine Definition des subjektiven öffentlichen Rechts zu geben und in den Entwurf eine Legaldefinition aufgenommen. 129) Art. 10 Entw. lautet:

> „Ein Recht eines Einzelnen liegt vor, wo er kraft öffentlichen Rechts ein bestimmtes Handeln, Dulden oder Unterlassen von der öffentlichen Gewalt oder von einem Dritten verlangen kann."

Gegen diese Formulierung ist in der Literatur bald Widerspruch erhoben worden. Hofacker 130) meint hiezu, verlangen könne man alles, die Definition sei also auch auf Interessen, jedenfalls auf das, was man berechtigte Interessen heisse, anwendbar, vor allem aber auf das gesamte objektive Recht, wonach die Steuerzahler „alles verlangen" können. Auf die Unrichtigkeit dieses Einwands hat schon Schmid 131) zutreffend hingewiesen mit der Bemerkung, dass das Wort „verlangen" in der Begriffsbestimmung so nicht gemeint sei. Der Entwurf habe vielmehr damit „ein rechtliches Können des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt", die „Einräumung einer massgeblichen Willensmacht" an den Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt für begriffswesentlich erklären wollen und habe gerade damit eine Abscheidung von dem Begriff des blossen „Interesses" vornehmen wollen. Der Einwand Hofackers ist in der Tat im Hinblick auf die Begründung, die die Kommission zu Art. 10 gegeben hat, unverständlich. Der Entwurf stellt bei der Erläuterung der von ihm aufgestellten Begriffsbestimmung klar an die Spitze seiner Ausführungen, dass der Anspruch des Einzelnen auf ein bestimmtes Verhalten gegenüber der öffentlichen Gewalt für das Vorliegen eines subjektiven Rechts kennzeichnend sei. Dass das gesamte objektive Recht einen derartigen Anspruch gegenüber der öffentlichen Gewalt gewähre, ist aber noch von niemand behauptet worden.

Der Art. 10 Entw. kann aber in anderer Richtung einer Kritik nicht standhalten. Dass das Begriffserfordernis des „Individualinteresses" nicht in die Begriffsbestimmung aufgenommen wurde, haben wir oben 132) schon als Mangel bezeichnet. Dass die württ. Verwaltungsrechtsprechung dieses Erfordernis als für den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts wesentlich erachtet hat, haben wir ebenfalls schon oben an Hand des Urteils des VGH vom 12. 11. 1921

129) Vgl. Art. 10 Entw.

130) Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg S. 19.

131) Ebd. S. 134.

132) S. 35.

nachgewiesen. Damit steht auch nicht, wie dies in der Begründung zu Art. 10 Entw. 133) behauptet wird, der in Art. 10 Entw. aufgestellte Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts auf derselben Linie wie die vom württ. VGH aufgestellte Begriffsbestimmung. Der Begriff des Entwurfs stellt vielmehr eine Neuerung gegenüber der bisherigen württ. verwaltungsgerichtlichen Praxis dar.

Unsere Kritik wendet sich aber weniger gegen die Formulierung des im Entwurf in Art. 10 aufgestellten Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts, sondern vor allem dagegen, dass ein solcher Begriff als positive Norm in ein Gesetz aufgenommen werde. Zunächst ist, wie wir schon oben 134) festgestellt haben, mit einer Begriffsbestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts noch keineswegs gesagt, wo und wann im Einzelfall ein solches Eigenrecht vorliegt. Man erwäge aber noch ein anderes. Die Entwicklung über die Bestimmung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts ist heute noch in keiner Weise abgeschlossen und es ist noch nicht zu erkennen, welcher der von den verschiedenen Schriftstellern aufgestellten Begriffe der herrschende werden wird. Kommt die Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft und -praxis in dieser Frage zu einem anderen Ergebnis als der Entwurf mit seiner Legaldefinition in Art. 10, so kommt der württ. Gesetzgeber, der später einmal etwa das Baurecht positivrechtlich neu zu ordnen hat, in folgende Situation: entweder muss er seinem Gesetz den Begriff des Art. 10 Entw. zugrunde legen, damit der Bürger da, wo der Gesetzgeber ihm ein subjektives Recht gewähren will, es wirklich auch im Verwaltungsrechtsweg verfolgen kann. Damit ist dem Gesetzgeber, der verwaltungsrechtliche Teilgebiete neu zu regeln hat, die Möglichkeit genommen, sich den neuen Ergebnissen von Wissenschaft und Praxis anzupassen. Der Art. 10 Entw. hemmt also in diesem Falle die Rechtsentwicklung. Oder aber legt der Gesetzgeber seinem neuen Einzelgesetz die in Zukunft herrschende Meinung, also diejenige zur Zeit der Erlassung seines Gesetzes massgebliche zugrunde, so muss, wenn der Begriff des subjektiven Rechts der neuen Meinung ein weiterer ist als der in Art. 10 Entw. definierte, der Verwaltungsrechtsschutz für Rechtslagen entfallen, denen der Gesetzgeber verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zukommen lassen wollte. Denn das Vorliegen eines Rechts im Sinn des Art. 10 Entw. ist eine

133) a. a. O. S. 102.
134) S. 41.

der Voraussetzungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach Art. 42 Entw. eines Verwaltungsverfahrensgesetzes. Eine Begriffsbestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts in einer Gesetzesnorm birgt also die Gefahr in sich, ein Hemmschuh für die durchaus im Flusse befindliche Rechtsentwicklung zu werden oder er kann zu nichtgewollter Beeinträchtigung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes führen. Schon aus diesem Grunde müsste nach unserer Auffassung eine Legaldefinition des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts unterbleiben.

Es fragt sich aber auch aus anderen Gründen, ob es angebracht ist, auch weiterhin den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auf die Basis des subjektiven Rechts zu stellen. Der Begriff des „Rechts" wird in den einzelnen Gesetzen in ganz verschiedenem Sinne gebraucht. So ist z. B. der Begriff des „Rechts" im Sinn des Art. 13 VRPflG enger als derjenige in Art. 10 VRPflG. Manchmal wird der Begriff rein i. S. objektiven Rechts verwendet. Mit andern Worten: man weiss nie, wann in Wirklichkeit in einem Gesetz dem Bürger ein nach Art. 13 VRPflG durchsetzbares subjektives Recht gegeben ist oder nicht. Auch diese Tatsache lässt einen Versuch als berechtigt erscheinen, der die Gestaltung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, der teilweise auf dem Begriff des subjektiven Rechts aufgebaut ist, auf andere Grundlagen stellt. Ein Vorschlag in dieser Richtung wurde von Sartorius in der 8. Sitzung der Kommission für den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes gemacht. 135) Sartorius geht davon aus, dass im Entwurf das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung durchgeführt ist. Greift nun die Verwaltung ohne gesetzliche Grundlage in die persönliche Freiheitssphäre des Bürgers ein, so verdient der Bürger verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz; hiebei muss es gleichgültig sein, ob ein sogen. subjektives Recht verletzt ist oder nicht. Durch eine derartige Formulierung werden zweifellos die Schwierigkeiten beseitigt, die sich immer in der Frage, ob im Einzelfall ein subjektives Recht vorliegt oder nicht, ergeben. Das Problem des subjektiven öffentlichen Rechts existiert nicht mehr, sobald eine derartige Regelung positives Recht geworden ist. Der Vorschlag einer Regelung der Rechtsbeschwerde von Sartorius de lege ferenda lautet: 136)

135) Vgl. das Protokoll der 8. Sitzung der Kommission für den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes insbesondere S. 29 und 30.

136) a. a. O. S. 29.

„Wenn jemand behauptet, dass ein Verwaltungsakt, der ihm ein Tun, Dulden oder Unterlassen auferlegt, rechtlich nicht begründet sei..."

Unter das „Tun" würden bei richtiger Auslegung dieser Bestimmung auch die Fälle fallen, in denen der Staat vom Bürger eine positive Leistung verlangt; denn in jeder Leistung ist ein „Tun" enthalten. Gedeckt werden mit dieser Formulierung aber nicht die Fälle, in denen der Staatsbürger seinerseits einen Anspruch — etwa als Unterstützungsbedürftiger — gegen den Staat erheben kann. 137) Um zu vermeiden, dass für diese Fälle ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz entfallen würde, müsste die Formulierung von Sartorius lediglich dahin ergänzt werden: „...oder dass ihm die Erfüllung eines kraft öffentlichen Rechts zustehenden Anspruchs gegen den Staat oder eine sonstige Körperschaft des öffentlichen Rechts versagt wird..." Der Gedanke, der dem Vorschlag von Sartorius zugrunde liegt, könnte vielleicht noch einfacher folgendermassen formuliert werden: „Wenn jemand behauptet, dass ein Verwaltungsakt gegen das öffentliche Recht verstösst und er dadurch in einem Individualinteresse verletzt werde..." Damit werden auch die Fälle vom verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ergriffen, bei denen dieser nach der Formulierung von Sartorius entfallen würde. Diese Fassung würde auch die Frage der Beteiligten 138) eindeutig lösen. Was unter einem „Individualinteresse" zu verstehen ist, hat der VGH in der Entscheidung vom 12. 11. 1921 klar umschrieben; die dort gegebene Definition dieses Begriffes könnte als Grundlage für den Begriff des „Individualinteresses" i. S. der neuen Gesetzesbestimmung verwendet werden. Niemand könnte bei dieser Formulierung auf den Gedanken kommen, dass die Verletzung eines subjektiven Rechts zur Voraussetzung der Rechtsbeschwerde gemacht würde, da das begriffliche Merkmal des subjektiven Rechts der „Willensmacht" in der Bestimmung völlig fehlen würde. Auf der andern Seite wäre durch die Beschränkung der Rechtsbeschwerde auf die Verletzung von „Individualinteressen" keine Popularklage geschaffen. Die aufgezeigte Fassung würde auch verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auf dem Gebiet des Polizeirechts gewähren, das in Württemberg durch Gesetz zwar nicht geregelt ist,

137) Dies ein Einwand von Köhler gegen die Sartorius'sche Formulierung a. a. O S. 30.

138) a. a. O. S. 29.

das aber durch Gewohnheitsrecht auf eine feste Basis gestellt worden ist. 139)

Eine derartige Formulierung de lege ferenda würde eine erhebliche Erweiterung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes bedeuten. Ob man nun in Zukunft den bisherigen Art. 13 weiterhin teilweise auf die Basis des an sich berechtigten aber noch nicht völlig geklärten Begriffs des subjektiven Rechts, also weiterhin auf die Basis einer beschränkten Generalklausel stellen will oder ob man dem Bürger in folgerichtiger Auswertung des in Württemberg durchgeführten Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im Falle jeder Verletzung des objektiven Rechts gewähren und damit das subjektive Recht ausscheiden will, ist keine Frage, die durch die Rechtswissenschaft zu klären ist, sondern eine solche der Rechtspolitik. Die Auffassung, die in einer durch Gerichte unkontrollierbaren Betätigung der öffentlichen Gewalt das Ideal erblickt, wird es bei dem jetzigen Rechtszustand belassen wollen 140), diejenige dagegen, die einen durchgehenden und vollkommenen Rechtsschutz des Bürgers gegenüber Eingriffen durch die öffentliche Gewalt erstrebt, wird sich auf dem Boden der Lösung, wie sie Sartorius oder wir für den Entwurf eines Württ. Verwaltungsverfahrensgesetzes vorgeschlagen haben, stellen können. Nach unserer Auffassung muss die Entscheidung dieser Frage i. S. einer Erweiterung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gefällt werden, da unser heutiges Staatswesen zwar nicht juristisch, aber tatsächlich auf Parteien und damit auf Parteilichkeit aufgebaut ist. 141) Die Parteiherrschaft ist aber nicht auf das Gebiet des Staatsrechts beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch über die hohe Verwaltung bis in ihre letzten und kleinsten Teilgebiete. Die Forderung die hieraus abgeleitet werden muss, ist der Aufbau eines Verwaltungsrechtsschutzes auf breitester Basis.

Bisher haben wir lediglich von der Verletzung eines subjektiven Rechts als einer Voraussetzung der Rechtsbeschwerde gesprochen. Alternativ mit der Verletzung eines subjektiven Rechts gewährt Art. 13 VRPflG die Rechtsbeschwerde bei Belastung des Beschwerdeführers mit einer

139) Vgl. insbes. die Entscheidung des VGH vom 23. 12. 1929 (WüRV 1930 S. 54 ff.)

140) Auf diesem Standpunkt steht bezeichnenderweise der Vertreter des Ministeriums des Innern in der Kommission für den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes.

141) Dieses Teilstück der Arbeit wurde vor dem 31. 1. 33 fertiggestellt.

ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit. In diesem Falle ist es also gleichgültig, ob ein subjektives Recht verletzt ist. Voraussetzung der begründeten Erhebung der Rechtsbeschwerde ist hier einmal die Verletzung (nur) objektiven Rechts, zum andern die Belastung des Beschwerdeführers mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit. Nicht erforderlich und nicht genügend ist, dass die Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungsbehörde den Bürger wirtschaftlich belastet; es kommt vielmehr lediglich auf die Belastung mit einer ihm r e c h t l i c h nicht obliegenden Verbindlichkeit an.

Der VGH hat früher die Bedeutung der zweiten Alternative des Art. 13 VRPflG nicht klar erkannt 142) und immer wieder auf die notwendige Verletzung eines subjektiven Rechts im Anschluss an die Rechtsprechung des Geheimen Rats 143) abgestellt. Dies geht schon mit genügender Klarheit aus dem Urteil des VGH vom 27. 8. 1919 144) hervor (vgl. die von uns schon oben S. 40 zit. Entscheidung). Der Beschwerdeführer hat in dieser Entscheidung selbst nicht auf die Behauptung einer Verletzung eines ihm zustehenden subjektiven Rechts abgestellt. Er hat lediglich geltend gemacht, dass mangels einer rückwirkenden Geltung des Reichsgesetzes über die Sicherung der Kriegssteuer vom 9. April 1917 die gesetzliche Grundlage für eine ihm auferlegte Sicherheitsleistung fehle. Die Rechtsbeschwerde hielt der VGH für begründet. Er ging dabei selbst davon aus, dass der Beschwerdeführer durch Auferlegung einer solchen Sicherheitsleistung mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet werde. Anstatt aber daraus die Folgerung zu ziehen, dass die Rechtsbeschwerde gemäss der zweiten Alternative des Art. 13 VRPflG begründet sei, verdreht der VGH diese Belastung unbegreiflicherweise im selben Satz in die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf „Genuss und freie Verwendung des Vermögens". Daraus geht die Richtigkeit unserer Behauptung, dass der VGH damals die selbständige Bedeutung der zweiten Alternative des Art. 13 VRPflG verkannt hat und auch im Hinblick auf sie der Gedanke der notwendigen Verletzung eines subjektiven Rechts eine Rolle gespielt hat, deutlich hervor.

142) Ebensowenig Göz, Verwaltungsrechtspflege usw. S. 97 ff.

143) Nachweis bei Plappert, Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des württ. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, S. 26; vgl. insbes. S. 48.

144) WüRV 1919 S. 73.

Plappert 145) hat im Ergebnis richtig den Nachweis erbracht, dass der zweiten Alternative des Art. 13 VRPflG gegenüber der ersten selbständige Bedeutung zukommt und dass zur Begründetheit der Rechtsbeschwerde nach ihr die Verletzung eines subjektiven Rechts nicht erforderlich ist. 146) Plappert hat auch versucht, an Hand von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen nachzuweisen, dass der württ. VGH auch in neuerer Zeit auf diesem Standpunkt stehe, u. a. auch unter Hinweis auf das Urteil des VGH vom 19. 11. 1924 147), das jedoch gerade für seine Beweisführung nicht verwertbar ist, vielmehr auf entgegengesetztem Standpunkt steht. 148)

Die Frage, ob der VGH auf dem Standpunkt der notwendigen Verletzung eines subjektiven Rechts steht, sei an Hand einer Reihe von Entscheidungen über den Gemeingebrauch erörtert. In diesem Zusammenhang sei auch gleichzeitig Stellung zu der Frage genommen, wie der VGH die rechtliche Natur des Gemeingebrauchs, der fast allgemein als ein subjektives Recht nicht anerkannt ist, beurteilt. 149)

In einer Entscheidung, die in WüRV Bd. 12 S. 25 abgedruckt ist, spricht der VGH von einem Anspruch 150) auf Einweisung in die persönlichen Gemeindenutzungen gemäss Art. 22 Abs. 1 GdeAngehG. Unter „Anspruch" kann hier nichts anderes als ein subjektives Recht verstanden werden, so dass der VGH hier ein subjektives Recht auf Teilnahme am Gemeingebrauch anerkennt 151): Eine nähere Begründung für diese Annahme findet sich in der angezogenen Entscheidung nicht. Dieselbe Auffassung findet sich in einem in WüRV Bd. 4 S. 107 aufgeführten Urteil des VGH. Dort wird bezüglich des Gemeingebrauchs an einem öffentlichen Weg erklärt:

„Das Recht 152) des Gebrauchs des öffentlichen Wegs bezieht sich nur auf die vorhandenen 153)

145) a. a. O. S. 27 ff.

146) Dass die zweite Alternative sich nicht nur auf Steuerverbindlichkeiteiten bezieht, wie bisher vielfach angenommen wurde, steht jetzt fest.

147) WüRV 1925 S. 122.

148) vgl. u. S. 42.

149) vgl. o. S. 43.

150) Vom Verfasser gesperrt.

151) Die Teilnahme an manchen Gemeindenutzungen ist allerdings nicht mit der Teilnahme am Gemeingebrauch gleichzustellen. Manche Gemeindenutzungen sind echte subjektive Rechte.

152) Vom Verfasser gesperrt.

153) In der Entscheidung gesperrt gedruckt.

Wege, und aus dem Gemeingebrauch lässt sich ein dem Gemeinwesen und den zuständigen Verwaltungsbehörden gegenüber wirksamer Anspruch 152) auf Fortbestand 152) eines öffentlichen Wegs nicht 152) herleiten. Demgemäss wurde auch in Württemberg den Verwaltungsbehörden von jeher die Berechtigung zugestanden, über die Abschaffung eines Wegs nach ihrem Ermessen zu entscheiden, sofern es sich nicht um einen besonderen Rechtsanspruch auf Beibehaltung des Wegs, sondern nur um die Frage handelt, ob der Weg auch fernerhin ein öffentliches Verkehrsbedürfnis ist oder nicht."

Dies bedeutet also Anerkennung eines subjektiven Rechts auf Teilnahme am Gemeingebrauch an einem vorhandenen öffentlichen Weg, dagegen Verneinung eines solchen auf dessen Fortbestand.

Nicht so klar ist derselbe Gedanke in WüRV Bd. 4 S. 179 ausgesprochen:

...„Was der Einwohner verlangen kann, beschränkt sich darauf, dass er zur Benützung der öffentlichen Brunnen, solange sie bestehen, unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen zugelassen wird, wie andere Gemeindebewohner. Die Herstellung und die Wegschaffung öffentlicher Brunnen steht im Ermessen der Gemeindebehörden..."

Mit der Formulierung „verlangen kann", ist zwar die Annahme eines subjektiven Rechts ausgesprochen; unklar bleibt aber, ob dieses subjektive Recht auf Benützung der öffentlichen Brunnen geht, oder ob der VGH hier mit der Wendung „die Benützung der öffentlichen Brunnen unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen wie andere Bewohner" nicht ein subjektives Recht auf gleiche Behandlung anerkennen will. 154) In keinem Fall würde aber die Annahme solcher subjektiver Rechte mit der Auffassung zu vereinbaren sein, die der VGH sonst von dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, wie wir ihn oben 155) erörtert haben, hat.

In einer Entscheidung vom 19. 11. 1924 156) hat der VGH seinen Standpunkt über den rechtlichen Charakter

152) Vom Verfasser gesperrt.

154) Vgl. auch die Entscheidung vom 29. 4./5. V. 1897, in: Württ. J. Bd. 9 S. 247.

155) S. 40/41.

156) WüRV 1925 S. 120 ff.

des Gemeingebrauchs, den er in der von uns zitierten Entscheidung in WüRV Bd. 4 S. 107 als subjektives Recht aufgefasst hat, geändert. Diese Entscheidung hat gleichzeitig auch Plappert zu Unrecht zu der Behauptung Anlass gegeben 157), dass der VGH in diesem Erkenntnis sein Dogma von der notwendigen Verletzung eines subjektiven Rechts als Voraussetzung der Rechtsbeschwerde aufgegeben habe. Der VGH hat zwar die Bedeutung der zweiten Alternative des Art. 13 RVPflG neuerdings erkannt und fordert zur Begründetheit der Rechtsbeschwerde im zweiten Falle des Art. 13 nicht die Verletzung eines subjektiven Rechts 158); dies kann jedoch nicht aus der Entscheidung des VGH vom 19. 11. 1924 geschlossen werden deren für uns massgebenden Ausführungen lauten:

> „Bei dem in Art. 16—21 Wasserges. zugelassenen Nutzungshandlungen geht nun aber das Gesetz davon aus, dass es sich für die Regel nicht um die Betätigung eines besonderen individuellen Nutzungsrechts der Beteiligten, sondern um die Ausübung einer nur in den Schranken der polizeilichen Regelung bestehenden allgemeinen Befugnis zur Teilnahme an den Vorteilen einer der Gesamtheit zur Benützung freistehenden Sache handelt, dass also auch durch die polizeiliche Erlaubnis, soweit dieselbe für einzelne Nutzungen des Gemeingebrauchs vorgeschrieben ist und erteilt wird, ein Individualrecht nicht begründet wird und dass zur Wahrung der Gebrauchsteilnahmebefugnis dem Einzelnen zunächst die Verwaltungsbeschwerde und für den Fall, dass er von der Polizeibehörde in gesetzlich unzulässiger Weise vom Gemeingebrauch ausgeschlossen würde, die Rechtsbeschwerde an den VGH gegeben (Begr. zum Entw. des Wasserges. bei Haller S. 46 Anm. 3 Abs. 2 zu Art. 15, S. 45 und Anm. 14 zu Art. 16 S. 55; Göz, VerRPfl S. 410). Diesen Standpunkt nimmt auch Otto Mayer in seinen Ausführungen über den Gemeingebrauch ein (VerwR. II S. 136 ff). Auch der VGH teilt denselben. Er erkennt aber daneben an, dass das Wasserges. den ausnahmsweisen Bestand wohlerworbener, auf Verleihung oder auf unvordenklicher Verjährung beruhender oder in dem bisherigen Privateigentum an fliessenden Gewässern begründete Sonderrechte und die im Gemeingebrauch enthaltenen Nutzungshandlungen nicht ausschliesst (Begr. a. a. O.)."

157) a. a. O. S. 35 ff.
158) u. S. 54/55.

S. 123 fährt der VGH fort:

> „Es ist der Klägerin hienach nicht gelungen, den ihr obliegenden Beweis dafür zu erbringen, dass das ihr zustehende Sonderrecht über die Befugnis zur Entnahme von Kies und Sand hinausgehe und auch auf die andern in Art. 18 Wasserges. genannten Stoffe (...) sich erstreckt. Demnach kann die Klage in dieser Hinsicht auf ein Sonderrecht der Gemeinde nicht gestützt werden..."

Plappert greift nun, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu gelangen, die Verweisung des VGH auf Otto Mayer auf, der die Anerkennung des Gemeingebrauchs als eines subjektiven Rechts ablehnt 159) und erklärt dann, dass der VGH damit bezüglich des Schutzes des Gemeingebrauchs seinen bisher festgehaltenen Grundsatz, dass die Rechtsbeschwerde nur bei Verletzung eines subjektiven Rechts möglich sei, durchbreche und sich in diesem Fall mit einer Verletzung des objektiven Rechts begnüge. 160) Er fährt dann S. 37 fort:

> „Der VGH hat also, wenn auch nicht in voller Klarheit 161), dem Gedanken des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung Einlass gewährt und ... einfach seine Rechtsprechung gemäss der zweiten Eventualität des Art. 13 VRPflG ausgeübt."

Der Umfang der zitierten Entscheidung lässt es allerdings nicht zu, sie hier ganz aufzuführen. In dieser ganzen Entscheidung ist aber von der „zweiten Alternative", gemäss welcher der VGH seine Rechtsprechung in diesem Falle ausgeübt haben soll, überhaupt nicht die Rede; sie spricht vielmehr nur vom Vorliegen oder Nichtvorliegen von „Sonderrechten", also von subjektiven Rechten. Die Ausführungen des VGH, die Plappert selbst als unklar bezeichnet hat, dürfen aber nicht dazu verwendet werden, das aus ihnen herauszulesen, was man mit ihnen zu beweisen wünscht, was aber nicht in ihnen enthalten ist. Da die Entscheidung in ihrem ganzen Verlauf nur von Sonderrechten spricht, so kann der VGH hier nur auf die erste, nicht aber auf die zweite Alternative des Art. 13 VRPflG abgestellt haben. Dass der VGH in dem vorliegenden Urteil den Gemeingebrauch selbst nicht als subjektives Recht auffasst, wird mit Plappert nicht bestritten. Wir müssen aber

159) Vgl. Otto Mayer, a. a. O. 2. Aufl. Bd. 2 S. 142.
160) Vgl. a. a. O. S. 36, 37.
161) Vom Verfasser gesperrt.

beachten, dass der VGH gern 162) den Begriff des Gemeingebrauchs mit einem subjektiven Recht auf gleiche Behandlung in Verbindung bringt. Dass die Anerkennung eines solchen subjektiven Rechts auf gleiche Behandlung mit der sonstigen Auffassung des VGH von dem Begriff des subjektiven Rechts nicht zu vereinbaren ist, ist zweifellos. Dies besagt aber nur, dass der VGH in diesem Falle die nötige Konsequenz hat vermissen lassen. Wenn aber der VGH dem Einzelnen zur Wahrung der „Gebrauchsteilnahmebefugnis" die Rechtsbeschwerde gibt, so kann er sie nur auf die Verletzung eines subjektiven Rechts stützen, wenn er sich offensichtlich auf die zweite Alternative des Art. 13 VRPflG gar nicht bezieht. So liegt auch für uns die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung mehr im Unausgesprochenen. Es scheint, dass dem VGH hier wieder im Untergrunde das in andern Entscheidungen 163) schon angedeutete Recht des Einzelnen auf gleiche Behandlung vorgeschwebt hat. Mehr kann aus der Entscheidung infolge der unklaren Formulierung nicht entnommen werden; sicher verbietet sie aber die Folgerungen, wie sie Plappert aus ihr gezogen hat.

Der VGH hat sich endlich in einer Entscheidung vom 4. 12. 1929 164) auf den richtigen, auch von Plappert vertretenen Standpunkt gestellt, dass der zweiten Alternative des Art. 13 VRPflG selbständige Bedeutung zukommt und in ihrem Falle zur Begründung der Rechtsbeschwerde die Verletzung objektiven Rechts genügt. In der eben zitierten Entscheidung wird u. a. gesagt, nachdem der VGH das Vorliegen eines subjektiven Rechts verneint hat:

> „... Der Rechtsbeschwerdeführer ist durch die angefochtene Entscheidung auch nicht mit einer ihm gesetzlich nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet."

Nachdem also, wie gesagt, der VGH untersucht hat, dass ein subjektives Recht des Beschwerdeführers hier nicht gegeben ist, weist er die Rechtsbeschwerde nicht als unbegründet ab, sondern untersucht noch, ob der Beschwerdeführer nicht mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet ist. Würde der VGH auch in diesem Falle das Vorliegen eines subjektiven Rechts verlangen, so wären die Ausführungen des Teils der Entscheidung, die wir zitiert haben, sinnlos. Daraus muss geschlossen werden, dass die

162) Vgl. die von uns zit. Entscheidung des VGH in WüRV Bd. 4 S. 179.
163) Vgl. z. B. die o. S. 50/51 zit. Entscheidungen des VGH.
164) WüRV 1930 S. 54.

Begründetheit der Rechtsbeschwerde nach der zweiten Alternative des Art. 13 VRPflG die Verletzung eines subjektiven Rechts auch nach der Auffassung des VGH nicht voraussetzt.

In folgendem wenden wir uns nun der Behandlung des Abs. 2 Art. 13 VRPflG zu, der die Rechtsbeschwerde ausschliesst 165), wenn die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. Wir streifen kurz das, was im Rahmen unserer Darstellung und insbesondere im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 VRPflG über den Begriff des freien Ermessens zu sagen ist und treten sodann in die Erörterung der beiden auf dem Gebiet der Ermessenslehre liegenden Hauptprobleme ein: in die Problemgruppe der sogenannten unbestimmten Begriffe und die Behandlung der Fragen, die sich mit den sogenannten inneren Grenzen des freien Ermessens beschäftigen. Zum Schluss wird noch die Berechtigung und Tragweite des Art. 13 Abs. 2 VRPflG zu untersuchen sein.

Das freie Ermessen bildet den Gegensatz zur rechtlichen Gebundenheit. Wo der Wille einer Verwaltungsbehörde bei Ausübung ihrer Tätigkeit durch objektive zwingende Rechtsnormen gebunden ist, ist kein Raum für freies Ermessen. Von der Kehrseite her betrachtet besagt dies, dass im Rahmen des freien Ermessens gegen objektives Recht und damit auch gegen subjektive Rechte nicht verstossen werden kann. Das Wesen des freien Ermessens hat man nun in der Literatur schon vielfach begrifflich erfassen und einen Begriff des freien Ermessens bilden wollen. So hat Bühler 166) das freie Ermessen definieren wollen als die vom Gesetz einer Verwaltungsbehörde gewährte Möglichkeit, die Entscheidung in einer Verwaltungsmassnahme danach zu treffen, ob sie ihre Wirkung vom Standpunkt der Förderung der Staatszwecke aus für wertvoll hält oder nicht. W. Jellinek 167) versteht unter freiem Ermessen die vom Gesetz für massgeblich erklärte, fehlerfrei zustande gekommene, individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs innerhalb seiner beiden äussersten Grenzen, insbesondere die individuelle Auffassung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung. Nach

165) Die gesetzliche Formulierung: „ausgeschlossen ist die Rechtsbeschwerde . . .", ist nicht präzis. Abs. 2 bedeutet, wie wir unten sehen werden, nur eine materiellrechtliche Folgerung aus Abs. 1; Abs. 2 stellt also kein Prozesshindernis dar. Es müsste richtig heissen: „Unbegründet ist die Rechtsbeschwerde . . .".

166) Vgl. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte . . . S. 26.

167) Vgl. Verwaltungsrecht, S. 31.

Otto Mayer und Fleiner ist unter freiem Ermessen die Befugnis zum Handeln nach Zweckmässigkeitsrücksichten zu verstehen. v. Laun bezeichnet es als die Freiheit, im Rahmen des öffentlichen Interesses jeden beliebigen Zweck zu verfolgen. Plappert 168) hat vom Begriff des freien Ermessens folgende Definition gegeben: „Das freie Ermessen ist die vom Gesetz für massgeblich erklärte, fehlerfrei zustande gekommene Feststellung dessen, was der Behörde innerhalb der beiden äussersten Grenzen dieser Begriffe, im öffentlichen Interesse oder unter einem spezielleren im Gesetz vorgeschriebenen Gesichtspunkt notwendig und zweckmässig erscheint." Diese Definition hat vor den vorhergenannten den unzweifelhaften Vorzug, wenigstens den Versuch gemacht zu haben, einen auch für die Praxis brauchbaren Begriff des freien Ermessens zu geben, indem sie bei der Formulierung auch den sogenannten Ermessensfehlern und der Ermessensüberschreitung Rechnung getragen hat.

Für die Begriffsbestimmung des freien Ermessens gibt es unzählige Formulierungsmöglichkeiten, von denen keine als falsch bezeichnet werden kann. Bei näherer Betrachtung all dieser Definitionen lässt sich feststellen, dass sie im Grunde alle das gleiche besagen: Freies Ermessen bedeutet Freiheit vom Gesetzesinhalt. Die Versuche, über diese rein negative Formulierung hinauszukommen, müssen alle als gescheitert betrachtet werden. Die Definitionen des Begriffs des freien Ermessens ersetzen alle eine Unbestimmtheit, nämlich den zu definierenden Begriff des freien Ermessens, durch andere Unbestimmtheiten. Wo sind z. B. die „äussersten Grenzen" eines unbestimmten Begriffs, von denen W. Jellinek in seiner Definition spricht? Was sind bei Otto Mayer und Fleiner Zweckmässigkeitsrücksichten? Wo beginnen und enden in der Plappertschen Definition die „beiden äussersten Grenzen" des „öffentlichen Interesses"? Eine klare, feste und bestimmte begriffliche Formulierung des „freien Ermessens" scheint demnach kaum möglich zu sein und wir wollen uns darauf beschränken, als wesentliches Begriffsmerkmal des „freien Ermessens" das Gegenteil der rechtlichen Gebundenheit, also die Freiheit vom Gesetzesinhalt festzustellen. Diese rein negative Präzisierung des Begriffs des „freien Ermessens" ist deshalb ausreichend, weil die Kardinalfrage auf dem Gebiet der Ermessenslehre nicht die ist, was unter „freiem Ermessen" zu verstehen ist, sondern wann, in welchen Fällen

168) Vgl. Das Prinzip . . . S. 85.

die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu verfügen berechtigt sind. Nur diese Frage ist letzten Endes für die Rechtsanwendung von Bedeutung.

Der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg hat zwar in seinem Art. 65 keinen Begriff des „freien Ermessens", sondern eine Richtlinie für seine Ausübung durch die Verwaltungsbehörden gegeben und zwar dahin:

> „Soweit die Vornahme von Verwaltungsakten oder die Bestimmung ihres Inhalts im Ermessen der Verwaltungsbehörde liegt, ist die Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelinteressen zu treffen."

Um die Bedeutung und die praktischen Auswirkungen dieser Vorschrift de lege ferenda begreifen zu können, müssen wir die Vorschrift des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, im Hinblick auf die der Art. 65 des Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung zu praktischen Folgerungen führt, dem Art. 65 Entw. zur Seite zu stellen; dies ist der Art. 42 des Entwurfs einer Verwaltungsverfahrensordnung, der die Voraussetzungen der Rechtsbeschwerde regelt. Er lautet:

> „Wenn jemand behauptet, dass die von einer Verwaltungsbehörde getroffene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Verfügung rechtlich nicht begründet und dass er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei, kann er Rechtsbeschwerde beim Verwaltungsgerichtshof erheben."

Eine dem Abs. 2 des Art. 13 VRPflG entsprechende Vorschrift des Entwurfs über den Ausschluss der Rechtsbeschwerde bei Ermächtigung der Verwaltungsbehörden zur Verfügung nach freiem Ermessen ist also im Entwurf (mit Recht) gestrichen worden. Dies muss im Hinblick auf die Bedeutung und Auslegung des Art. 65 Entw., der trotz Streichung des Abs. 2 des Art. 13 VRPflG im Entwurf von Bedeutung für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ist, beachtet werden, da, wie wir später sehen werden, durch Streichung der Ermessensklausel in Art. 42 Entw. eines Verwaltungsverfahrensgesetzes der gegenwärtige Rechtszustand, der eine Ermessenskontrolle durch den VGH ausschliesst, nicht geändert werden sollte. In der Begründung zu Art. 65 Entw. 169) wird nun erklärt, dass Art. 65 Entw.

169) S. 232, 233.

eine Vorschrift für die Ausübung des freien Ermessens erteile; es solle durch ihn unsachliche und willkürliche Ausübung des Ermessens durch die Behörden verhindert werden; es werde der Behörde zur Pflicht gemacht, bei Ausübung des freien Ermessens Unparteilichkeit nach allen Seiten zu wahren. Im übrigen müssten Takt wie Gerechtigkeitsgefühl in Verbindung mit Urteilskraft und praktischem Geschick für die Ermessensausübung den richtigen Weg weisen. Demnach hat nach dem Willen des Gesetzgebers der Art. 65 Entw. lediglich den Charakter einer Dienstanweisung, die sich ausnahmsweise in einem formellen Gesetz befindet. Dies besagen insbesondere die letzten von uns angeführten Worte der Begründung des Entwurfs zu Art. 65. Dass Art. 65 Entw. dem Bürger kein subjektives öffentliches Recht gewähren soll, ist nach dem Willen der Kommission sicher. 170) Die Begründung spricht nur von einer Pflicht der Behörde, das ihr eingeräumte Ermessen nach der ihr in Art. 65 Entw. gegebenen Richtlinie auszuüben und nirgends von einem Recht des Bürgers gegenüber der Behörde auf fehlerfreie Ausübung des freien Ermessens durch diese gemäss Art. 65 Entw. 171) Die Befürchtungen Hofackers 172), dass der Rechtsbetrieb den Satz als nachprüfbare Schranke des Ermessens betrachten werde und der Einzelne verlangen könne, dass diese Schranke eingehalten werde und hierüber ein Rechtsstreit anhängig gemacht werden könne, sind daher unbegründet, da auch die Rechtsprechung an der Begründung des Art. 65 Entw. nicht vorübergehen kann. 173) Hofacker zweifelt aber mit Recht daran, ob der Art. 65 Entw. notwendig gewesen wäre. Im Hinblick auf Art. 42 Entw. einer Verwaltungsverfahrensordnung ist er sicher überflüssig, da, wie schon angedeutet, durch die Weglassung der Ermessensklausel im Entwurf am geltenden Rechtszustand nichts geändert werden sollte. Der württ. VGH hat aber schon bisher unsachliche und willkürliche Ausübung des freien Ermessens mit Recht nachgeprüft. 174) Die Feststellung in der Begründung zu Art. 42

170) Vgl. auch Schmid, Verwaltungsrechtsordnung in Württemberg, in: WüRV 1931 S. 145.

171) Vgl. hiezu auch die Ausführungen Plapperts, Das Prinzip . . . S. 86/87.

172) Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg S. 20.

173) Es muss allerdings zugegeben werden, dass die Gefahr besteht, wenn der VGH in jedem einzelnen Fall prüfen muss, ob die Abwägung „billig und gerecht" erfolgt ist, dass hiemit das freie Verwaltungsermessen dem sogen. arbiträren Ermessen so gut wie gleichgestellt wird.

174) Vgl. unten S. 79/80.

Entw. VerwVerfG, dass am bisherigen Rechtszustand de lege ferenda festgehalten werde, hätte genügt und macht den Art. 65 Entw. VerwO überflüssig, dessen Zweck es nach der Begründung sein soll, die Grenzen des in Art. 13 Abs. 2 VRPflG vorausgesetzten Ermessens festzusetzen. Art. 65 Entw. ist also im Hinblick auf andere Bestimmungen des Entwurfs ohne Bedeutung: würde er aus dem Entwurf gestrichen werden, so würde der geschlossene Aufbau desselben dadurch nicht beeinträchtigt. Als reine Dienstanweisung gehört er nicht in ein Gesetz; er würde am besten entfernt werden.

Für die Frage, wann den Verwaltungsbehörden freies Ermessen für die Vornahme und Gestaltung eines Verwaltungsakts eingeräumt ist, ist von grundlegender Bedeutung die Erkenntnis, in welchen technischen Formulierungen und Wendungen der Gesetzgeber seinen Willen, freies Ermessen einzuräumen, zum Ausdruck gebracht hat. Dies hat er insbesondere auf dem Gebiet des Baurechts oft ausdrücklich getan. 175) Vielfach erfolgt die Einräumung des freien Ermessens dadurch, dass der Gesetzgeber Wendungen wie „die Behörde kann", „ist berechtigt", „befugt" usw. gebraucht. Eine Ermächtigung zum Handeln nach freiem Ermessen liegt in der Regel auch dann vor, wenn einer Verwaltungsbehörde die Erfüllung einer Aufgabe zugewiesen ist und sie hiebei durch keine gesetzlichen Schranken in ihrer Tätigkeit beengt ist. 176) Freies Ermessen kann auch eingeräumt sein bei gleichzeitiger Bindung der Verwaltungsbehörde in gewisser Richtung. Die Vornahme eines Verwaltungsakts nach freiem Ermessen kann nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen oder ausgeschlossen sein. Sind im ersten Falle die Voraussetzungen zur Erlassung des Verwaltungsakts erfüllt, so kann die Behörde nunmehr nach freiem Ermessen entscheiden. Im zweiten Falle hat die Behörde beim Nichtvorliegen der Voraussetzungen freies Ermessen bei Ausübung ihrer Tätigkeit. 177) In den aufgeführten Fällen liegt es im allgemeinen klar, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind oder nicht.

---

175) Vgl. z. B. BauO Art. 70 Abs. 4, Art. 71, Art. 73 Abs. 2, Art. 74 Abs. 2, Art. 75, Art. 80 Abs. 1, Art. 81, Art. 87 Abs. 2 Ziff. 1 u. 2; vgl. auch Forstpolges Art. 9, 10 und Wasserges Art. 23 Abs. 4.

176) z. B. bei der Beamtenernennung und der Erteilung von Konzessionen.

177) Vgl. z. B. § 12 Abs. 2 Nr. 2—6, § 13 Abs. 1, 2 Gaststättenges. und Art. 22, 28 u. 210 des Beamtenges.

Ganz anders in denjenigen Fällen, in denen die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines bestimmten Verwaltungsakts oder die Verpflichtung zur Erlassung eines solchen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, deren Tatbestand nicht fest umgrenzt, sondern unbestimmt ist. 178) Solche Voraussetzungen sind z. B. das Vorliegen eines „dienstlichen Bedürfnisses", das Vorhandensein „wichtiger Gründe des öffentlichen Interesses", Leumund, Völlerei, Unzuverlässigkeit usw., „Gefährdung der Gesundheit, Ordnung und Sicherheit", „Bewahrung des Publikums vor Gefahren, Nachteilen und Belästigungen" usw. Die Wissenschaft spricht hier von unbestimmten Begriffen. Das Problem der unbestimmten Begriffe ist das Kernproblem auf dem Gebiete der Lehre vom freien Ermessen. Das Problem liegt in der Frage nach der Bedeutung der unbestimmten Begriffe für die Ausübung des Ermessens. Entweder sind die unbestimmten Begriffe an Hand von objektiven Erfahrungssätzen zu beurteilen, dann sind sie Rechtsbegriffe und durch die Verwaltungsgerichte überprüfbar; oder sie unterliegen der subjektiven Beurteilung der Verwaltungsbehörden und sind dann lediglich als Richtlinien für die Ausübung des freien Ermessens anzusehen; in diesem Fall ist der Verwaltungsgerichtshof zu einer Nachprüfung nicht befugt. Das vorliegende Problem kann man auch als dasjenige der äusseren Grenzen des freien Ermessens bezeichnen. An dieser Grenze stossen sich das freie reine Verwaltungsermessen und das unechte sogenannte arbiträre Ermessen, das seinerseits sich schon als rechtliche Gebundenheit darstellt. Ist ein unbestimmter Begriff ein solcher, der nach arbiträrem Ermessen zu beurteilen ist, so ist er damit ein Rechtsbegriff und verwaltungsgerichtlich überprüfbar. Der Begriff des arbiträren Ermessens hat in diesem Zusammenhang in Literatur und Praxis eine grosse Bedeutung erlangt; es muss deshalb näher auf ihn eingegangen werden. Im allgemeinen ist man sich in der Verwaltungsrechtswissenschaft darüber einig, dass der Unterschied zwischen dem echten und dem arbiträren Ermessen darin liegt, dass im ersten Falle eine Behörde bei der Gewinnung ihrer Entscheidung subjektiv verfahren darf; im zweiten Falle dagegen muss sie ihrer Beurteilung objektive Wertmasstäbe zugrunde legen. 179) Die Kommission zur

178) Eine grössere Anzahl von gesetzlichen Fällen führt der Entwurf einer VerwRO für Württ. zu Art. 65 S. 229 auf; auf diese Zusammenstellung sei hier verwiesen.

179) Vgl. hiezu auch Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte . . . S. 38 ff.

Ausarbeitung des Entwurfs einer VerwRO hat den Unterschied unter Zugrundelegung dieser Merkmale folgendermassen formuliert 180):

> „Unter freiem Ermessen wird die vom Recht für massgebend erklärte Bestimmung des Verhaltens der Behörde durch deren Vorstellung von seiner Notwendigkeit oder Zweckmässigkeit verstanden... Als gebunden oder arbiträr erscheint das Ermessen, wenn die Bestimmung des Verhaltens der Behörde nicht auf Grund ihrer einseitigen Anschauung tatsächlicher Verhältnisse oder Merkmale nach der Anschauung der Allgemeinheit, nach der durchschnittlichen Auffassung der Gesellschaft (W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 31), nach objektiven Erfahrungssätzen erfolgt."

Die grundsätzliche Richtigkeit dieser Formulierung kann nicht bestritten werden. Es wäre jedoch zu wünschen gewesen, dass die Kommission den Versuch gemacht hätte, endlich den falschen und irreführenden Begriff des arbiträren „Ermessens" auszumerzen und an seine Stelle den Begriff der „arbiträren Gebundenheit" zu setzen. Arbiträres Ermessen ist nun einmal kein Ermessen in dem Sinn, wie wir es auf verwaltungsrechtlichem Gebiet sonst aufzufassen gewohnt sind; es ist eben besonders auch im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs in Art. 13 VerwRPflG nicht Ermessen, sondern rechtliche Gebundenheit. Aber auch der Sache nach kann der Begriff des arbiträren Ermessens einfacher formuliert werden als dies die Kommission getan hat.

Gehen wir davon aus, dass ein Begriff wie etwa „erhebliche Gefahren für das Publikum" 181) nach allgemeiner Auffassung nach arbiträrem Ermessen zu beurteilen ist, während auf der andern Seite der Begriff des „öffentlichen Interesses" 182) überwiegend als echter Ermessensbegriff aufgefasst wird. Fassen wir diese beiden Begriffe näher ins Auge, so können wir ohne weiteres feststellen, dass bezüglich des Begriffs „erhebliche Gefahren für das Publikum" in der Allgemeinheit eine einheitliche Auffassung von dem besteht, was hierunter zu verstehen ist. Legen wir dem Durchschnittsbürger und zwar jedem einzelnen denselben Tatbestand vor und fragen wir ihn, ob nach diesem gegebenen Tatbestand unter den angeführten

180) S. 230 a. a. O.

181) Vgl. Art. 95 BauO.

182) Sofern sich aus dem Zusammenhang, in dem der Begriff in einer gesetzlichen Vosrchrift genannt wird, nicht das Gegenteil ergibt.

tatsächlichen Verhältnissen eine „erhebliche Gefahr für das Publikum" vorliegt oder nicht, so würde das Urteil hierüber im wesentlichen einheitlich zugunsten des Vorliegens oder zugunsten des Nichtvorliegens einer solchen gefällt werden. Fragen wir dagegen, ob unter den und den Voraussetzungen die Gefährdung eines „öffentlichen Interesses" auf dem Spiele steht, so wird darüber keine Einigkeit zu erzielen sein und die Antworten durchaus differieren: jeder wird unter „öffentlichem Interesse" etwas anderes verstehen. Damit zeigt sich, dass die Begriffe des arbiträren Ermessens bei dem Durchschnittsbürger schon eine feste und eindeutige Beurteilung erfahren haben und der Verwaltungsbeamte bei Vorliegen eines arbiträren Ermessensbegriffs gar nichts Neues zu schaffen hat, gar keine Entscheidung im Sinne einer Neugestaltung zu fällen hat, vielmehr eindeutig feststehende Begriffe zur Anwendung bringen und die konkreten Folgen für seine Entscheidung ziehen muss. Die Tätigkeit des Verwaltungsbeamten spielt sich hier vollkommen im Rahmen strenger Logik, in Form reiner Subsumtion ab. Ganz anders bei dem Begriff des „öffentlichen Interesses". Dieser steht für den konkreten Fall noch gar nicht fest, sondern was im Einzelfall öffentliches Interesse ist, muss erst durch Entscheidung des Verwaltungsbeamten neu geschaffen werden; hierbei ist seine Tätigkeit eine solche, die sich nach rein individuellen Auffassungen und Erwägungen vollzieht und mit einer Subsumtion eines gegebenen Tatbestands unter einen gegebenen Begriff nichts zu tun hat.

Es ist demnach unter Ausübung des arbiträren Ermessens die Subsumtion eines gegebenen Tatbestands unter einen vom Durchschnittsbürger einheitlich und eindeutig aufgefassten Begriff zu verstehen. Damit ist auch zum Ausdruck gebracht, dass die Verwaltungsbehörde bei Gewinnung ihres Werturteils im Gebiet des arbiträren Ermessens einen objektiven Masstab anzulegen hat; denn sobald sie davon abgeht, lediglich zu subsumieren, müssen individuelle Gesichtspunkte bei ihrer Entscheidung Platz greifen.

Der württ. VGH hat sich in Erkenntnis der Bedeutung des Begriffs des arbiträren Ermessens für die rechtliche Qualifizierung der unbestimmten Begriffe mit der Frage des arbiträren Ermessens vor allem in der Entscheidung vom 12. 11. 1921 eingehend beschäftigt. Dieses Urteil des VGH hat in der württ. verwaltungsrechtlichen Lite-

ratur 183) Anlass zu einer Reihe von Aufsätzen gegeben, die sich allerdings vorwiegend mit der Frage des subjektiven Rechts des Nachbarn nach Art. 95 BauO beschäftigen. Die Entscheidung setzt sich aber auch neben der schon erwähnten Erörterung über den Begriff des arbiträren Ermessens mit den unbestimmten Begriffen des Art. 95 BauO auseinander. Damit treten wir gleichzeitig in die Untersuchung der Frage ein, wann unbestimmte Begriffe Rechtsbegriffe sind oder wann sie der Beurteilung der Behörde unter dem Gesichtspunkt des freien Ermessens unterliegen. Sie wird an Hand einer Reihe von neueren und neuesten Entscheidungen des württ. VGH erörtert werden. Der für unsere Untersuchungen massgebliche Teil der vorhin zitierten Entscheidung des VGH vom 12. 11. 1921 lautet:

„Das angefochtene Urteil leitet in Uebereinstimmung mit der Partei aus der Bestimmung in Art. 95 der BauO ein Eigenrecht der Nachbarn auf Schutz gegen die dort bezeichneten Gefahren usw. ab. Ein subjektives Recht des Einzelnen ist jedenfalls insoweit ausgeschlossen, als die Verwaltungsbehörde vom Gesetz zur Verfügung nach freiem, „individuellem" Ermessen ermächtigt ist (Hohl a. a. O. S. 56, W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung usw. S. 116 bei Note 23). Art. 95 Abs. 1 BauO bestimmt: „Für Bauten, bei denen vermöge ihrer eigenartigen Beschaffenheit oder Bestimmung die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften nicht genügen, um Leben, Gesundheit und Eigentum zu schützen, und die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder das Publikum überhaupt vor schweren Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen zu bewahren, sind von der Baupolizeibehörde hinsichtlich der Stellung, Höhe, Bauart oder Einrichtung strengere als die den allgem. polizeil. Bestimmungen des Gesetzes entsprechenden Vorschriften insoweit zu erteilen, als es zur Abwendung der aus der besonderen Art der Anlage sich ergebenden Gefahren, Nachteile oder Belästigungen geboten erscheint." Nach Abs. 2 sind als solche Bauten u. a. Krankenhäuser anzusehen. Hienach verpflichtet zwar das Gesetz die Verwaltungsbehörde zur Erteilung strengerer Bauvorschriften, knüpft aber diese Verpflichtung

183) Vgl. in Württ. Z: Geier 1922 S. 145 ff; Bühler 1922 S. 150 ff; Hofacker 1922 S. 27; 1923 S. 103 ff; 1924 S. 255 ff; die angezogene Entscheidung wurde von uns schon oben S. 36 ff. im Zusammenhang mit den Erörterungen über das subjektive Recht zitiert und teilweise aufgeführt.

an die Voraussetzung, dass die allgem. baupolizeil. Vorschriften zum Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum und zur Verhütung schwerer Gefahren usw. für die Nachbarn oder das Publikum überhaupt nicht genügen. Die Beurteilung der Frage, ob diese Voraussetzung zutrifft, ist zunächst der Verwaltungsbehörde überlassen, daraus lässt sich indessen keineswegs folgern, dass damit der unter dieser Voraussetzung vorzunehmende Verwaltungsakt als Verfügung nach freiem Ermessen vom Gesetz anerkannt sei. Bei der Verfügung nach freiem Ermessen hat die Behörde nach Massgabe ihrer eigenen Zweckmässigkeitserwägung zu entscheiden. Im Fall des Art. 95 muss die Behörde, wie die Fassung des Art. 95 Abs. 1 „sind ... zu erteilen" ergibt, die strengeren Vorschriften erteilen, wenn jene Voraussetzung vorliegt, sie darf dieselbe aber auch nur in diesem Fall erteilen. Wenn für die Prüfung der Frage, ob der Tatbestand jener Voraussetzung erfüllt ist, dem subjektiven Urteil und damit dem Ermessen der Verwaltungsbehörde ein gewisser Spielraum gelassen ist, so kann es sich doch bei diesem Ermessen nicht um das Ermessen der Verwaltungsbehörde in Beziehung auf die Vornahme eines Verwaltungsakts handeln, sondern es dient der Gewinnung einer Ueberzeugung, eines Urteils über das Vorhandensein eines Tatbestands und seiner Subsumption unter einen bestimmten Begriff auf Grund der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse an der Hand von technischen Erfahrungssätzen und von Anschauungen der Allgemeinheit oder wenigstens bestimmter Personenkreise. Das hiebei anzuwendende Ermessen ist arbiträrer Natur, gleicht dem richterlichen Ermessen und ist von dem auf Zweckmässigkeitserwägungen beruhenden Verwaltungsermessen, das Art. 13 Abs. 2 des Verw.-RPflGes. im Auge hat, zu unterscheiden (v. Laun, Das freie Ermessen S. 47, 50, 53 ff., 62, 104, Tezner, Die deutschen Theorien der VerwRPflege S. 215, 217 ff., von Seydel, Bayer. Staatsrecht 2. Auflage (1896) I 591, III 412 ff., Bühler, Die subjektiven öffentl. Rechte S. 32 ff., 38, 173, 244, 352; Thoma Verw.-Archiv 20, 444 und VerwGerHof in Württ. J. 14, 111).

Liegt es sonach nicht im freien Ermessen der Baupolizeibehörde, ob sie strengere Vorschriften nach Art. 95 der BauO erteilen will, so muss für den Inhalt derselben, für die Art ihrer Gestaltung der der Bestimmung des Art. 95 zu Grund liegende Schutzzweck:

die Abwendung von Leben, Gesundheit und Eigentum bedrohender Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen neben der Rücksicht auf Stellung, Höhe, Bauart oder Einrichtung des geplanten Baus massgebend sein. Was für diesen Zweck erforderlich ist, kann ebenso wie die Frage, ob die das Bedürfnis nach diesem Schutz begründenden Voraussetzungen erfüllt sind, nur auf Grund einer an der Hand technischer Erfahrungssätze und von Anschauungen der Allgemeinheit oder von Fachkreisen gewonnenen Erkenntnis ermittelt und nicht nach individuellem Ermessen erwogen werden. Die Fassung des Gesetzes „insoweit als es zur Abwendung der ... sich ergebenden Gefahren, Nachteile oder Belästigungen geboten erscheint", lässt sich nicht etwa, wie die Nichtigkeitsklage meint, als Beleg für die Einräumung eines freien Verwaltungsermessens durch das Gesetz bei der Beurteilung der erforderlichen Schutzmassnahmen anführen, deutet vielmehr darauf hin, dass das Gesetz für diese Beurteilung gerade das in der Abwägung objektiver Verhältnisse und Massstäbe sich bewegende arbiträre Ermessen zu Grund legen will. Damit sind der Behörde für die Gestaltung und den Inhalt der zu erteilenden Vorschriften bestimmte Richtlinien gegeben. Mit der Bindung an solche scheidet ihr freies Ermessen aus (v. Laun a. a. O. S. 34, 62 ff., Tezner a. a. O. S. 210 Anm. 18, (Häffner Württemb. BauO S. 282), denn sie hat nicht die freie Wahl, ob, wie und warum sie handeln will (Thoma a. a. O. S. 446)."

Die grundlegende Bedeutung der Entscheidung liegt für uns zunächst einmal in dem Versuch des VGH, den Begriff des reinen Verwaltungsermessens demjenigen des arbiträren Ermessens gegenüberzustellen, und die Unterschiede beider Begriffe aufzuzeigen. Die Entscheidung sieht das Wesen des freien Ermessens darin, dass die Behörde nach Massgabe ihrer eigenen Zweckmässigkeitserwägungen entscheiden kann oder m. a. W., dass sie die freie Wahl hat, ob, wie und warum sie handeln will. Demgegenüber dient das arbiträre Ermessen der Gewinnung einer Ueberzeugung, eines Urteils über das Vorhandensein eines Tatbestands und seiner Subsumtion unter einen bestimmten Begriff auf Grund der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse an der Hand von technischen Erfahrungssätzen und von Anschauungen der Allgemeinheit oder wenigstens bestimmter Personenkreise. Die Beurteilung eines arbiträren Ermessensbegriffs verlangt Zugrundelegung objektiver

Masstäbe und Verhältnisse. 184) Mit dieser Präzisierung des Begriffs des arbiträren Ermessens kommt der VGH der von uns oben entwickelten Definition im Ergebnis sehr nahe. Die verwaltungsgerichtliche Formulierung muss in ihrer Klarheit als durchaus brauchbares Ergebnis für die Verwendung des Begriffs in Wissenschaft und Praxis anerkannt werden.

Im übrigen geht, was die Frage des Vorliegens von unbestimmten Begriffen anbetrifft, der VGH davon aus, dass zwar Art. 95 BauO die Verwaltungsbehörde zur Erteilung strengerer Vorschriften verpflichtet, dass aber diese Verpflichtung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften zum Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum und zum Zwecke der Bewahrung der Besitzer, Bewohner und des Publikums vor schweren Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen überhaupt nicht genügen. Daraus, dass die Beurteilung dieser Voraussetzung der Verwaltungsbehörde überlassen ist, kann jedoch nach Auffassung des VGH keineswegs gefolgert werden, dass der unter dieser Voraussetzung vorzunehmende Verwaltungsakt als Verfügung nach freiem Ermessen vom Gesetz anerkannt ist. Aus der Fassung des Art. 95 Abs. 1 BauO „sind ... zu erteilen", ist nach Auffassung des VGH vielmehr zu entnehmen, dass die Behörde die strengeren Vorschriften erteilen muss, wenn jene Voraussetzung vorliegt. Die Prüfung der Frage, ob der Tatbestand jener Voraussetzung erfüllt ist, untersteht nicht dem freien Ermessen der Behörde, sondern das Ermessen „dient der Gewinnung eines Urteils über das Vorhandensein eines Tatbestands und seiner Subsumtion unter einen bestimmten Begriff an Hand von technischen Erfahrungssätzen und von Anschauungen der Allgemeinheit oder wenigstens bestimmter Personenkreise" (arbiträres Ermessen).

Zunächst wollen wir als das für uns wichtigste Ergebnis dieser Entscheidung nur festhalten, dass die in Art. 95 Abs. 1 BauO genannte Voraussetzung für die Erteilung strengerer Bauvorschriften durch die Baupolizeibehörden, an Hand von technischen Erfahrungssätzen und an Anschauungen der Allgemeinheit oder wenigstens bestimmter Personenkreise zu würdigen ist. Wir heben diese Auffassung des VGH deshalb hervor, weil der VGH denselben Gedanken in zwei neueren Entscheidungen 185) wiederholt

184) So auch Geier, WüRV 1923 S. 118.

185) Urt. vom 23. 1. 1924 in: WüRV 1924 S. 41 ff. und vom 23. 12. 1929 in: WüRV 1930 S. 54 ff.

und teilweise näher präzisiert hat, so dass wir in dieser Frage eine einheitliche Grundauffassung des VGH feststellen können. Im einzelnen ist jedoch die Rechtsprechung des VGH über die rechtliche Würdigung der unbestimmten Begriffe sehr widerspruchsvoll. 186) Es seien in diesem Zusammenhang bloss die beiden sich widersprechenden Urteile des VGH im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 19 Abs. 1 württ. Beamt-Ges. 187) genannt. In diesem Artikel wird die Versetzung eines Beamten u. a. auch von dem Vorliegen eines „dienstlichen Bedürfnisses" abhängig gemacht. In der ersten hierüber ergangenen Entscheidung vom 21. 2. 1923 188) erklärt der VGH den Begriff des dienstlichen Bedürfnisses als Rechtsbegriff, indem er unter Bezugnahme auf § 49 VU in den „erheblichen Gründen des § 49 VU ein „objektives Moment" als Voraussetzung für das Versetzungsrecht erblickt. In der Entscheidung heisst es u. a.:

> ... „Ob dieses Erfordernis (gemeint ist das Erfordernis des dienstlichen Bedürfnisses) gegeben ist, kann sonach so wenig wie unter der Geltungszeit des § 49 VU von der Staatsverwaltung nach freiem Ermessen entschieden werden, sondern ist nach objektivem Masstab unter Würdigung tatsächlicher Gesichtspunkte im Wege des arbiträren Ermessens festzustellen".

In einer neueren Entscheidung vom 14. 7. 1925 189) erklärt der VGH in genau derselben Frage das gerade Gegenteil. In dieser neueren Entscheidung ist u. a. gesagt:

> „... Dass die Bedürfnisfrage bei der Versetzung nach dem Ermessen der Verwaltung zu entscheiden ist, lässt sich auch daraus entnehmen, dass es sich hiebei um einen Ausfluss der Aemterhoheit handelt, für welchen der zuständige Minister die formelle Verantwortung trägt."

Daraus ist zu ersehen, dass das Problem der unbestimmten Begriffe in der Praxis so wenig wie in der Wissenschaft in einheitlichem Sinne gelöst ist. Immerhin zeigen sich in

---

186) Früher hat der VGH grundsätzlich jeden unbestimmten Begriff als echten Ermessensbegriff behandelt.

187) Der Art. 19 Abs. 1 BeamtGes. in der Fassung vom 1. 10. 1922 lautet: „Jeder auf Lebenszeit angestellte Beamte muss die Versetzung auf ein anderes seiner Berufsbildung und bisherigen Tätigkeit entsprechendes Amt von nicht geringerem Range und ohne Verlust an Gehalt sich gefallen lassen, wenn es das dienstliche Bedürfnis erfordert."

188) WüRV 1923 S. 121.

189) WüRV 1925 S. 175.

der Praxis des württ. VGH in dieser Frage in gewisser Beziehung einheitliche Formulierungen, wie wir sie vorhin angedeutet haben. 190)

Wir verfolgen jetzt die in der oben zitierten Entscheidung vom 11. 12. 1921 geäusserte und von uns besonders hervorgehobene Auffassung des württ. VGH in der Frage der unbestimmten Begriffe weiter, zunächst an Hand der Entscheidung vom 23. 1. 1924 191). In dieser Entscheidung, die die Auslegung des Art. 120 Abs. 4 BauO zum Gegenstand hat, heisst es u. a.:

> „Diese Anordnung (gemeint ist die Anordnung der Abtragung eines Gebäudes durch die Baupolizeibehörde) liegt also nicht etwa im Ermessen des Ministeriums des Innern, insbesondere hat hiebei die Verwaltungsbehörde nicht nach subjektivem Ermessen zu befinden, ob dringende Gründe des öffentlichen Interesses für die Abtragung vorliegen. Diese Frage ist vielmehr nach objektiven Gesichtspunkten an der Hand der Verkehrsanschauung und von Erfahrungssätzen zu würdigen. 192) Hierauf weist neben dem bezeichneten Zusammenhang der Bestimmungen in Abs. 4 mit Abs. 2 die Fassung in Abs. 4: „dringende Gründe" des öffentlichen Interesses hin, wodurch zum Ausdruck gebracht ist, dass äussere Merkmale für die Annahme eines öffentlichen Interesses vorhanden sein müssen. Der Abs. 4 von Art. 120 enthält daher eine zwingende Norm." 192)

Ganz ähnlich hat sich in derselben Frage der VGH in der bekannten Entscheidung vom 23. 12. 29 193) die in der Oeffentlichkeit unter dem Namen „der Böblinger Flugplatzprozess" bekannt ist, geäussert:

> „Das Erfordernis der drohenden Gefährdung der Bevölkerung durch einen Zustand, insbesondere das in Art. 32 Ziff. 5 PolStG aufgestellte Erfordernis der Gefährdung von Leben und Gesundheit von Menschen hat nicht etwa nur die Bedeutung einer Richtlinie für die Erlassung der polizeilichen Anordnung, sondern ist als eine durch Rechtssatz festgesetzte Voraussetzung 194) für die Zulässigkeit des den Einzelnen beschränkenden Verwaltungsakts anzusehen,

190) s. o. S. 66/67.
191) WüRV 1924 S. 41 ff.
192) Vom Verfasser gesperrt.
193) WüRV 1930 S. 54 ff.
194) Vom Verfasser gesperrt.

durch welche Voraussetzung zugleich die Grenze des polizeilichen Rechts zum Eingreifen bestimmt wird. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, d. h. ob die Polizei einschreiten k a n n 195), unterliegt als R e c h t s f r a g e n der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung (vgl. Fleiner, Institutionen S. 258). Die Entscheidung hierüber ist nicht nach der subjektiven Anschauung der Verwaltungsbehörde, sondern n a c h d e r A n s c h a u u n g d e s V e r k e h r s 194) unter Würdigung der, falls notwendig, im Wege der Beweiserhebung festzustellenden Verhältnisse zu treffen."

Die in der Entscheidung vom 11. 12. 1921 und den beiden eben zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Ausdruck kommende zutreffende Auffassung lässt sich auf folgende Formel bringen: Ist eine durch Rechtssatz festgesetzte Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsakts nach objektiven Gesichtspunkten an Hand von Erfahrungssätzen und nach der Verkehrsanschauung zu würdigen, so liegt ein zwingender Rechtssatz vor, der dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde keinen Spielraum lässt. In welchen Fällen eine derartige Beurteilung grundsätzlich zu erfolgen hat, sagt der VGH indes nicht; er lässt es auf den einzelnen Fall ankommen. Er geht jeweils bei den einzelnen Fällen mit einer gewissen Selbstverständlichkeit davon aus, dass eine Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsaktes nach der Verkehrsauffassung und an Hand von technischen Erfahrungssätzen objektiv zu würdigen ist und der Behörde eine Entscheidung nach freiem Ermessen nicht zusteht. Allenfalls weist der VGH im Einzelfall gewisse Indizien nach 196), aus denen nach seiner Auffassung geschlossen werden kann, dass ein unbestimmter Begriff objektiv auszulegen ist.

Wir müssen also nunmehr versuchen, ein Kriterium zu schaffen, das grundsätzlich die unbestimmten Begriffe, die nach arbiträrem Ermessen zu beurteilen sind, von denjenigen scheidet, die der Beurteilung nach freiem Ermessen unterliegen sollen. Wir gehen dabei davon aus, dass in Literatur und Rechtsprechung schon längst anerkannt ist, dass nicht sämtliche unbestimmten Begriffe Rechtsbegriffe sind, wie es z. B. von Laun 197) mit Ausnahme des Begriffs des öffentlichen Interesses behauptet hat, dass andererseits aber auch nicht sämtliche unbestimmten Begriffe Ermes-

195) Im Text gesperrt gedruckt.

196) Vgl. z. B. die eben (S. 68 oben) zit. Entscheidung vom 23. 1. 1924.

197) Vgl. Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 70.

sensbegriffe sind, wie der württ. VGH früher angenommen hat. Die frühere, jetzt durch eine Reihe von grundsätzlichen Entscheidungen 198) überholte Stellungnahme des VGH scheint im Hinblick auf das Wesen der Verwaltung an sich die richtigere zu sein. Durch die neuere umfangreiche Gesetzgebung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ist jedoch die Tätigkeit der Verwaltung immer mehr eine solche der Gesetzesvollziehung geworden, wodurch das dem freien Ermessen der Verwaltung überlassene Betätigungsgebiet immer mehr eingeengt wurde. So kam es dazu, dass in Fällen, in denen bisher die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu verfügen berechtigt waren, sie nunmehr den betreffenden Verwaltungsakt nur noch bei Vorliegen mehr oder weniger genau bestimmter Voraussetzungen erlassen dürfen. Dass diese sogenannten unbestimmten Begriffe für eine Verwaltungsbehörde im Hinblick auf ihre Freiheit oder Gebundenheit bei Erlassung eines Verwaltungsakts und damit für deren verwaltungsgerichtliche Ueberprüfbarkeit von verschiedener rechtlicher Bedeutung sind, erscheint klar im Hinblick auf das folgende Beispiel: nach Art. 32 Abs. 3 WasserGes. ist die Verleihung eines Wassernutzungsrechts zu versagen, wenn durch die Ausführung des beabsichtigten Unternehmens das gemeine Wohl erheblich geschädigt würde. Damit wäre zunächst nur gesagt, dass die Behörde bei Erlassung ihres Verwaltungsakts Rücksicht darauf zu nehmen hat, dass durch ihr Handeln das gemeine Wohl nicht erheblich geschädigt wird oder m. a. W.: die Behörde ist hier in keiner Weise in ihrer Ermessensfreiheit beeinträchtigt, denn auch ohne diese Vorschrift hätte sie bei Erlassung ihres Verwaltungsakts immer darauf Bedacht zu nehmen, dass das „gemeine Wohl", das „öffentliche Interesse" usw. nicht geschädigt wird. Würde sich die gesetzliche Vorschrift also nur darauf beschränken, die Verleihung des Wassernutzungsrechts nur daran zu knüpfen, dass das gemeine Wohl nicht erheblich geschädigt würde, so wäre die Behörde im Rahmen des freien Ermessens durchaus nicht gebunden. Nun ist aber nach Abs. 4 des Art. 32 Wasser-Ges. die Verleihung zu versagen, wenn durch dieselbe eine erhebliche Benachteiligung, Gefährdung oder Belästigung für die Besitzer anderer Grundstücke oder Wasserbenutzungsanlagen bewirkt wird. Damit hat der Gesetzgeber den Begriff des „gemeinen Wohls" näher präzisiert und gesagt: Unter dem Begriff des gemeinen Wohls nach Art. 32 Abs. 3 Wasserges.

198) Vgl. o. S. 67/68.

ist das und das zu verstehen. Damit ist der Behörde die Ermessensfreiheit, also was sie unter dem gemeinen Wohl und dessen erheblicher Schädigung verstehen will, genommen und an die Stelle ihrer subjektiven Würdigung zwingend die Auffassung des Gesetzgebers vom Begriff des gemeinen Wohls getreten. Der Gesetzgeber hat hier seinen Willen kundgetan, dass die Verwaltungsbehörde das gemeine Wohl und die in Abs. 4 genannten Begriffe arbiträr zu würdigen hat.

W. Jellinek hat schon versucht, ein Merkmal herauszuarbeiten, das die beiden Kategorien der unbestimmten Begriffe, die objektiv im Gegensatz zu den unter dem Gesichtspunkt des freien Ermessens zu beurteilenden, von einander scheidet. Er führt aus: 199)

> „Es entsteht jetzt die weitere Frage, ob sich vielleicht eine gewisse Gattung von Begriffen für die Ermächtigung, nach freiem Ermessen zu handeln, besonders eignet. Das ist mit den Wertbegriffen tatsächlich der Fall. Die rein erkennende Betrachtung der äusseren und der geistigen Welt leidet nicht an der gleichen Unsicherheit wie die bewertende. Ob ein Pilz giftig, ob eine Willenserklärung logisch widerspruchsvoll, ob eine Forderung verjährt ist, lässt sich leichter eindeutig feststellen als das im gegebenen Augenblick politisch Zweckmässige, das dienstliche Bedürfnis einer Beamtenversetzung, die persönliche Geeignetheit eines Beamtenanwärters, die architektonische Schönheit eines Gebäudes. Die Vermutung, dass das freie Ermessen im Reich der Bewertungen seinen Sitz hat, wird durch seine enge gesetzliche Verbundenheit mit den Worten „Notwendigkeit und Zweckmässigkeit" bestätigt."

Danach will Jellinek also aus dem Komplex der unbestimmten Begriffe eine Gruppe herausnehmen, die nach freiem Ermessen, also nicht objektiv, zu beurteilen sind und die er „Wertbegriffe" nennt. Im Gegensatz zu den eben zitierten Ausführungen erklärt Jellinek aber kurz nachher:

> „Aber auch für den unbestimmten Wertbegriff gilt das über den unbestimmten Begriff überhaupt Gesagte: auch er hat zwei äusserste Grenzen und auch er kann im Sinne einer Eindeutigkeit gemeint sein. Gerade die oben erwähnten Beispiele von Verweisungen, wie auf „Treu und Glauben", „gute Sitten" und dergl., enthielten unbestimmte Wertbegriffe, die durch Ermitt-

199) Vgl. Verwaltungsrecht S. 31.

lung der durchschnittlichen Auffassung der Gesellschaft eindeutig gemacht werden müssen".

Dies besagt aber, dass auch diese sogenannten Wertbegriffe einer objektiven Auslegung zugänglich sind; damit ist auch das von Jellinek aufgestellte Kriterium bedeutungslos. 200)

Auch Plappert hat sich mit dem Problem der unbestimmten Begriffe eingehend beschäftigt und ist dabei zu folgendem Ergebnis gekommen 201): Ueberall da, wo ein unbestimmter Begriff in einem zwingenden Rechtssatz enthalten ist, muss dieser objektiv ausgelegt werden, ist nach arbiträrem Ermessen zu urteilen. D. h., dass nach arbiträrem Ermessen zu entscheiden ist, wenn die Verwaltungsbehörde im Falle des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer unbestimmten Voraussetzung zur Vornahme eines Verwaltungsakts verpflichtet ist oder diesen zu unterlassen hat. Wenn die Behörde zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet ist, kann sie über die Voraussetzung ihrer Verpflichtung nicht nach ihrer subjektiven Auffassung, sondern nur nach objektiven Masstäben entscheiden. Dies gilt nach Plappert nicht nur für die gebietenden, sondern auch für die ermächtigenden Rechtssätze, nur dass hier dadurch Schwierigkeiten entstehen, dass die unbestimmten Begriffe hier zwei Funktionen zu erfüllen haben. „Während es bei den gebietenden Rechtssätzen durchaus einleuchtet, dass der gesetzgeberische Wille nur dann eine ihm gemässe Verwirklichung finden kann, wenn die vom Gesetzgeber gebrauchten unbestimmten Begriffe von den vollziehenden Organen nach objektiven Masstäben ausgelegt werden, müssen bei den gesetzlichen Ermächtigungen die dabei vorkommenden unbestimmten Begriffe nach ihren verschiedenen Funktionen eine verschiedene Behandlung erfahren. Ist der unbestimmte Begriff eine gesetzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsakts, soll er das Gebiet des freien Ermessens von dem Gebiet der rechtlichen Gebundenheit abgrenzen, dann muss er als Teil eines zwingenden Rechtssatzes selbstverständlich objektiv ausgelegt werden, d. h. er ist als Rechtsbegriff zu behandeln. Ist dagegen die Aufgabe des unbestimmten Begriffs, dem Verwaltungsbeamten eine Richtlinie zu geben, unter welchem Gesichtspunkt er das ihm mit der Ermächtigung eingeräumte Ermessen auszuüben habe, dann ist die subjektive Auslegung nach freiem Ermessen angebracht. Ob nun das eine oder andere der Fall ist, muss mit den üblichen Me-

200) Dies hat schon Plappert richtig erkannt; vgl. a. a. O. S. 60/61.
201) Vgl. a. a. O. S. 57, 61, 62.

thoden, die bei der Auslegung von Rechtsnormen angewendet werden, erschlossen werden." 202)

Den Kernpunkt von Plapperts Auffassung bildet der Satz, dass nach arbiträrem Ermessen zu entscheiden sei, also objektive Masstäbe anzulegen seien, wenn ein unbestimmter Begriff in einem zwingenden Rechtssatz enthalten sei. Nun hängt aber die Frage, ob ein zwingender Rechtssatz vorliegt, ja gerade davon ab, ob eine in einem Rechtssatz enthaltene Voraussetzung für die Vornahme eines bestimmten Verwaltungsakts oder dessen Unterlassung objektiv zu beurteilen ist. Bedeutet die Voraussetzung nur eine Richtlinie für die Ausübung des freien Ermessens, so unterliegt auch der Verwaltungsakt der Beurteilung nach freiem Ermessen. 203) So bewegt sich die Auffassung Plapperts im Grunde auf derselben Basis wie die des VGH, die oben von uns erörtert wurde und die besagt, dass, wenn eine durch Rechtssatz festgesetzte Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsakts nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, ein zwingender Rechtssatz vorliegt. 204) Plappert verwechselt eben Voraussetzung und Folge. Trotzdem sind die Untersuchungen Plapperts höchst wertvoll insofern, als er dazu beigetragen hat, zu klären, dass die unbestimmten Begriffe grundsätzlich in zwei Kategorien zerfallen, in die sie eingereiht werden müssen.

Zu der Frage, w a n n nun ein unbestimmter Begriff ein Rechtsbegriff ist und wann nicht, wann er also in die eine oder andere Kategorie einzureihen ist, hat Plappert an etwas versteckter Stelle erklärt 205), dass ein Rechtsbegriff da anzunehmen ist, wo ein derartiger Begriff eine abgrenzende Funktion hat. Dies ist nach unserer Meinung der richtige Ansatzpunkt für die Lösung des Problems, das von Plappert jedoch in dieser Richtung nicht weiter verfolgt worden ist.

Wir gehen davon aus, dass massgeblich für die Auslegung einer Rechtsnorm letzten Endes immer der Wille des Gesetzgebers sein muss. Wir fragen uns, welche Möglichkeiten der Ausdrucksweise der Gesetzgeber hat, wenn er einer Behörde freies Ermessen einräumen will und wann er die Behörde binden will. Er kann entweder klipp und klar sagen: Behörde, verfahre nach freiem Ermessen.

202) Plappert a. a. O. S. 59.

203) Vgl. auch Entwurf einer VerwaltungsRO für Württemberg zu Art. 65 S. 230.

204) Vgl. die Entscheidung des VGH vom 23. 1. 1924 oben S. 68.

205) a. a. O. S. 62.

Er kann dies auch in bestimmten Wendungen tun wie „kann", „ist befugt" usw. 206) Manchmal wird er die Vornahme eines Verwaltungsakts an gewisse Voraussetzungen (unbestimmte Begriffe) knüpfen. Will er nun einer Behörde, trotzdem er sie anweist, sich an diese Richtlinien zu halten, wirklich nur Richtlinien erteilen, so muss er dies durch entsprechend weite Fassung der Begriffe zu erkennen geben. Will er dagegen Bindung der Behörde an die von ihm für die Erlassung des Verwaltungsakts gegebenen Voraussetzungen, so wird er Begriffe wählen, bei deren Anwendung die subjektive Anschauung der Behörde fast ausscheidet und ihre Tätigkeit nur noch als Subsumtion eines gegebenen Tatbestands unter den festumgrenzten Begriff erscheint. In diesem Fall muss die Voraussetzung bestimmt und eng umgrenzt sein.

Wir können demnach feststellen, dass ein sogenannter unbestimmter Begriff ein Rechtsbegriff ist, sobald er von einer gewissen Bestimmtheit 207) ist und von dem Durchschnitt der Gesellschaft einheitlich und eindeutig aufgefasst wird im Gegensatz zu den unbestimmten Begriffen, die von jedermann anders gewertet werden und daher rein subjektiver Beurteilung unterliegen. Wird ein sogenannter unbestimmter Begriff von dem Durchschnitt der Gesellschaft als annähernd bestimmter Begriff gewertet oder unterliegt er keiner einheitlichen und eindeutigen Bewertung, so kann hieran auch der Gesetzgeber nicht vorübergehen und muss dies der Gesetzessprache zugrunde legen. Von entscheidender Bedeutung bleibt daneben der Zusammenhang, in dem ein sogenannter unbestimmter Begriff im Gesetz steht. 208) Demnach sind Begriffe wie „öffentliches Interesse" 209), „dringende Gründe des öffentlichen Wohls", „das gemeine Wohl", „dienstliches Bedürfnis" usw. als reine Ermessensbegriffe zu beurteilen, sofern sie nicht durch bestimmte Verklausulierungen und nähere Präzisierungen im Gesetz eindeutig gemacht werden und

206) Vgl. o. S. 59.

207) Streng logisch gibt es an und für sich keine unbestimmten Begriffe, die von einer gewissen Bestimmtheit sind. Da jedoch in der Literatur auch diese „unbestimmten Begriffe von gewisser Bestimmtheit" als unbestimmte Begriffe bezeichnet werden, sei der Begriff hier auch in diesen Fällen verwendet.

208) Vgl. unsere Erörterung zu § 32 Abs. 3 u. 4 WasserGes, o. S. 70/71.

209) Vgl. hiezu das Urteil des VGH vom 28. Dez. 1929 in: WüRV 1931 S. 52 ff.

damit nach arbiträrem Ermessen zu beurteilen sind. 210) So ist es auch möglich, dass der Begriff des „öffentlichen Interesses" oder, was auf der gleichen Linie steht, der Begriff „dringende Gründe des öffentlichen Interesses" das einemal objektiv, das anderemal subjektiv nach freiem Ermessen auszulegen ist. 211) Mit Recht hat z. B. der VGH in dem Urteil vom 23. 1. 1924 212) erklärt, dass in dem dort behandelten Falle der Begriff „dringende Gründe des öffentlichen Interesses" nach objektiven Gesichtspunkten zu würdigen ist.

Wir haben oben ausgeführt, dass Plappert dann einen Rechtsbegriff annimmt, wo ein unbestimmter Begriff eine abgrenzende Funktion hat. Er steht damit grundsätzlich mit seinem Standpunkt auf derselben Ebene wie wir, obwohl er die Auffassung ablehnt, dass die Eigenschaft eines Begriffes, Rechtsbegriff zu sein, von dessen grösserer oder geringerer Bestimmtheit abhängt. 213) Ein Begriff hat aber doch, je bestimmter er ist, eine umso stärker abgrenzende Funktion.

Endlich scheint auch der VGH unsern Standpunkt zu teilen, indem er in einer Entscheidung vom 21. 10. 1931 214) u. a. erklärt:

> „Wenn für ein polizeiliches Eingreifen gesetzliche Voraussetzungen von ausreichender Bestimmtheit 215) aufgestellt sind, so ist der VGH

210) Vgl. hiezu das durchaus zutreffende Urteil des VGH vom 18. 2. 1931 in: WüRV 1931 S. 141 ff. Es heisst dort u. a.: „Die Behörde geht richtig davon aus, dass der Gemeinderat bei der Feststellung neuer oder Abänderung bestehender Ortsbaupläne nach den in Art. 11 BauO bezeichneten Rücksichten freies Ermessen für die Gestaltung des Ortsbauplans im einzelnen hat. Ebenso ist das Innenministerium auf Grund von Art. 9 Abs. 1 und Art. 4 BauO . . . ermächtigt, nach seinem eigenen Ermessen die Frage etwaiger Schädigung des öffentlichen Wohls oder der Beeinträchtigung erheblicher Interessen (vom Verf. gesperrt) Dritter ohne genügenden Grund durch die Planfeststellung zu entscheiden . . . Bei der grossen Mannigfaltigkeit der Möglichkeiten zweckmässiger Gestaltung eines Ortsbauplans nach jenen Rücksichten (Art. 11 BauO) ist es unmöglich, und war es nicht die Absicht des Gesetzes (vom Verf. gesperrt), hiefür ins Einzelne gehende und für jeden konkreten Fall eindeutige Rechtssätze zu geben". Der VGH untersucht also hier, ob sich nicht aus dem Zusammenhang des Gesetzes ergibt, ob nicht der Begriff des öffentlichen Wohls eindeutig, also arbiträr auszulegen ist; im konkreten Fall hat dies der VGH verneint.

211) So auch Geier a. a. O. S. 119.

212) WüRV 1924 S. 41.

213) Vgl. a. a. O. S. 61.

214) WüRV 1932 S. 138 ff.

215) Vom Verf. gesperrt.

berechtigt und verpflichtet, das Vorliegen dieser Voraussetzungen nachzuprüfen (vgl. Göz a. a. O. S. 100)."

Wir kommen demnach in der Frage der unbestimmten Begriffe in ihrer Bedeutung für die Ausübung des freien Ermessens zu folgendem Ergebnis:

Sämtliche sogenannten unbestimmten Begriffe lassen sich in zwei Kategorien einreihen. Entweder ist ein unbestimmter Begriff eine durch Rechtssatz festgesetzte Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsakts und nach objektiven Gesichtspunkten an Hand von Erfahrungssätzen zu würdigen, also nach arbiträrem Ermessen zu beurteilen und damit Teil eines zwingenden Rechtssatzes (unechte unbestimmte Begriffe). Oder er hat lediglich die Bedeutung einer Richtlinie für die Ausübung des freien Ermessens durch eine Behörde und unterliegt dann deren subjektiver Beurteilung (echte unbestimmte Begriffe). Ein unbestimmter Begriff fällt dann in die erste Kategorie, wenn der Durchschnitt der Gesellschaft ihn als einen bestimmten, annähernd fest umgrenzten auffasst und ihn daher einheitlich und eindeutig beurteilt. Der Beurteilung nach der subjektiven Auffassung der Behörde unterliegt er dagegen, wenn die Wertungen der Durchschnittsgesellschaft erheblich differieren und sich keiner einheitlichen Basis nähern. Die unbestimmten Begriffe der ersten Kategorie unterliegen bei Vorliegen der weiteren Voraussetzung nach Art. 13 VRPflG der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung, die der zweiten dagegen sind hievon gemäss Art. 13 Abs. 2 VRPflG ausgeschlossen.

Unsere bisherigen Ausführungen über die Lehre vom freien Ermessen betrafen lediglich die Grenze des freien Ermessens gegenüber der rechtlichen Gebundenheit. Unerörtert blieb die Frage, ob die Verwaltungstätigkeit, die die Behörden nach freiem Ermessen auszuüben haben, irgendwelchen Bindungen unterliegt, oder ob die Behörden da, wo ihnen freies Ermessen eingeräumt ist, schrankenlos, ja willkürlich handeln können. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, dass freies Ermessen nicht Willkür bedeutet und dass es irgendwelche Grenzen bei der Ausübung des freien Ermessens geben muss. Vielfach wird gesagt 216), dass letzten Endes die Grenze des freien Ermessens das öffentliche Interesse bilde. Bühler sagt dies mit den Worten: „Handle so, wie es den Staatszwecken entspricht". Teuffel 217) hat

216) Vgl. z. B. Bühler a. a. O. S. 24 ff; v. Laun a. a. O. S. 64.

217) Teuffel, Die Rechtsbeschwerde . . . S. 39 f.

gegen den Versuch der Begrenzung des freien Ermessens mittels des Begriffs des öffentlichen Interesses in beachtenswerter Weise eingewandt, dass „die Verpflichtung zur Wahrung des öffentlichen Interesses nichts anderes als eine Rechtsvorschrift sei, also gerade ‚freies Ermessen' ausschliesse". Er verkennt jedoch nicht, „dass es" auch bei der Ausübung des freien Ermessens „noch Schranken gibt".

Im Laufe unserer Untersuchungen haben wir verschiedentlich davon gesprochen, dass nach dem Gesetz das freie Ermessen nach bestimmten „Richtlinien" auszuüben sei. Niemand wird behaupten, dass durch die Befolgung dieser Richtlinien bei Ausübung des freien Ermessens dieses Ermessen in Wirklichkeit gar kein freies Verwaltungsermessen mehr sei. Diese Richtlinien sind für das Handeln der Behörde lediglich „richtunggebend", was besagen will, dass die Behörden hier nicht völlig beliebig das eine oder andere tun können, sondern dass sie darauf beschränkt sind, im Rahmen dieser Richtlinien zu tun, was nach ihrer individuellen Auffassung im gegebenen Fall das Notwendige und Zweckmässige ist. Gibt der Gesetz nun einer Behörde Richtlinien in Form eines Befehls, im „öffentlichen Interesse" oder im Interesse des „gemeinen Wohls' zu handeln, so hat er damit die Ermächtigung zum Handeln nach freiem Ermessen in reinster Form erteilt: „Das öffentliche Interesse" und das „gemeine Wohl" können als die weitesten und obersten Richtlinien angesehen werden, die durch das Gesetz einer Behörde erteilt werden können. Ermächtigt der Gesetzgeber eine Behörde ohne eine nähere Beschränkung durch gewisse Richtlinien zum Handeln nach freiem Ermessen, so ist die betreffende Behörde darum nicht befugt, nach Willkür zu handeln. Denn auch hier liegt der Ermächtigung, nach freiem Ermessen zu handeln, immer der unausgesprochene Befehl zugrunde: Handle nur im „öffentlichen Interesse", im Interesse des „gemeinen Wohls". Die Einräumung und Ausübung des freien Ermessens steht, wenn es auch äusserlich schrankenlos erteilt ist, immer diesseits, nie jenseits der Gesetze. Freies Ermessen ist also immer gesetzmässiges Ermessen. 218) Ueberschreitet demnach eine Behörde das ihr vom Gesetz eingeräumte freie Ermessen, so

218) Der württ. VGH spricht wiederholt von „pflichtmässigem Ermessen", von Ausübung des Ermessens nach „Recht und Billigkeit" und bewegt sich damit mit seiner Ansicht auf derselben Basis wie wir. Vgl. insbes. das Urteil vom 27. 12. 1929 in: WüRV 1930 S. 54 ff.

unterliegt der in Ueberschreitung des freien Ermessens erlassene Verwaltungsakt unter der weiteren Voraussetzung der sonstigen Voraussetzungen der Rechtsbeschwerde nach Art. 13 VRPflG, der Anfechtung im Wege der Rechtsbeschwerde; eine derartige Ausübung des freien Ermessens ist nicht mehr „gesetzmässig".

Aus der Forderung und dem Rechtsgrundsatz der „gesetzmässigen" Ausübung des freien Ermessens ergibt sich für uns, dass ein Verstoss hiegegen rechtswidrig ist und dieser bei Vorliegen einer weiteren Voraussetzung der Rechtsbeschwerde nach Art. 13 VRPflG der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

Die Ausübung des freien Ermessens ist keine „gesetzmässige" bei rechtsirrigen Erwägungen, bei Berücksichtigung unzulässiger Beweggründe (Unsachlichkeit, Vorwand, Ermessensmissbrauch) und bei Nichtberücksichtigung der vom Gesetz als berücksichtigenswert gewollten Umstände 219) und in noch anderen Fällen von untergeordneter Bedeutung. Die Forderung, dass das freie Ermessen gesetzmässig auszuüben sei, entspricht der in der Literatur erhobenen Forderung nach Berücksichtigung der Ermessensfehler durch die Verwaltungsgerichte. 220)

Wir haben das Problem lediglich deshalb in aller Kürze behandelt, weil es sich bei seiner geringen Bedeutung für die verwaltungsgerichtliche Praxis in Württemberg nicht verlohnt, näher darauf einzugehen. Der württ. VGH hat sich zwar vor allem in den letzten Jahren wiederholt mit der Frage beschäftigt; er kam jedoch, soweit ersichtlich, nicht ein einziges Mal in die Lage, eine Verwaltungsverfügung wegen nichtgesetzmässiger Ausübung des Ermessens aufzuheben. Der Grund hiefür liegt einmal in einer Eigenart der Organisation des württ. verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Der einzigen verwaltungsgerichtlichen Instanz in Württemberg, dem VGH, sind eine ganze Reihe von Verwaltungsbeschwerdeinstanzen vorgelagert, die derartige Verstösse gegen das freie Ermessen abstellen können, bis eine nichtgesetzmässige Ermessensentscheidung von der untersten Instanz, etwa einer Ortspolizeibehörde über das Oberamt und die Beka (Ministerialabteilung für Betriebs- und Körperschaftsverwaltung) dem VGH zur Beurteilung vorgelegt wird. Der VGH hat es daher in der Regel nur mit Ermessensentscheidungen rechtlich geschulter Oberinstanzen zu tun, so dass ihm

219) W. Jellinek a. a. O. S. 37.

220) Vgl. z. B. W. Jellinek a. a. O. S. 37 ff; Plappert a. a. O. S. 77 ff.

für die Regel keine Gelegenheit geboten ist, Ermessensentscheidungen auf ihre Gesetzmässigkeit hin zu prüfen. 221) Ermessensfehler in Form der Berücksichtigung unzulässiger Beweggründe durch eine Behörde sind bei der zuverlässigen württ. Beamtenschaft ebenfalls selten.

Aber auch da, wo eine Verwaltungsverfügung wegen Ermessensmissbrauch oder wegen Vorwands an sich der Aufhebung durch den VGH unterliegen würde, wird in der Praxis kaum je die Möglichkeit bestehen, diese Verstösse zu rügen. In beiden Fällen wird der die Verfügung erlassende Beamte immer irgend einen sachlich erscheinenden Grund finden können, der die Verfügung deckt. Insbesondere wird man auch im Falle des Vorwands den verfügenden Beamten in den seltensten Fällen beweisen können, dass er seiner Entscheidung unzulässige subjektive Beweggründe zugrunde gelegt hat.

Der Vollständigkeit halber sei daher nur noch die von uns in anderem Zusammenhang schon zitierte Entscheidung des württ. VGH vom 23. 12. 1929 (Böblinger Flugplatzprozess) 222) angeführt, die sich zu der Frage grundsätzlich geäussert hat; auch hier ist der VGH nicht in die Lage gekommen, in Verfolgung seiner zutreffenden Auffassung eine fehlerhafte Verwaltungsverfügung aufzuheben. Der VGH hat in der Frage der unsachlichen und missbräuchlichen Ermessensausübung in der angezogenen Entscheidung folgenden Standpunkt eingenommen:

> „Dagegen hat die Polizeibehörde nach freiem Ermessen, d. h. nach ihrer Zweckmässigkeitsanschauung, darüber zu entscheiden, wie sie gegen die drohende Gefahr eingreifen, insbesondere welche Mittel sie zur Abhilfe anwenden will. Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatz, der z. B. in § 6 RAO seinen gesetzgeberischen Niederschlag gefunden hat, ist die Behörde verpflichtet, bei Ausübung des freien Ermessens nach „Recht und Billigkeit" zu handeln, d. h. die Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten 223) unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelinteressen zu treffen. Ein entsprechend diesem Grundsatz ausgeübtes Ermessen wird als pflichtmässiges Ermessen bezeichnet. Eine unsachliche oder missbräuch-

221) Vgl. hiezu auch Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, S. 248.

222) Vgl. o. S. 97 und dort Anm. 4.

223) Vom Verf. gesperrt.

liche Ausübung des Ermessens verstösst gegen diesen Rechtsgrundsatz und ist demnach als rechtswidrig zu erachten. Ob ein Missbrauch des Ermessens vorliegt, unterliegt daher verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung, wenn vom Beschwerdeführer geltend gemacht wird, dass seine Belastung mit einer Verpflichtung auf einem solchen Missbrauch beruht. Art. 13 Abs. 2 VRPflG steht nicht entgegen, denn nach dieser Vorschrift ist die Rechtsbeschwerde angeschlossen, wenn und soweit die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. Zu einem Missbrauch 224) des Ermessens sind sie eben nicht ermächtigt." 225)

Der württ. VGH hat sich also mit Recht grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt, dass eine unsachliche und missbräuchliche Ausübung des freien Ermessens unter der weiteren Voraussetzung einer Belastung des Beschwerdeführers mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit erfolgreich mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden kann. Auch diese Entscheidung betont wiederum, dass das Ermessen ein „pflichtmässiges" sein müsse und fügt hinzu, dass die Behörde bei seiner Ausübung nach „Recht und Billigkeit" 226) zu handeln habe. Dies besagt aber im Grund nichts anderes, als was wir über die inneren Grenzen des freien Ermessens gesagt haben: freies Ermessen ist gesetzmässiges Ermessen!

Es bleibt für uns noch übrig, eine Frage im Hinblick auf Art. 13 VRPflG und seinen Nachfolger im Entwurf, Art. 42 Entw., zu beantworten, die der Gegenstand längerer Auseinandersetzungen der Kommission für den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes gewesen war. Es handelt sich darum, ob der Abs. 2 des Art. 13 VRPflG nicht im Hinblick auf Abs. 1 überflüssig ist und daher eine entsprechende Bestimmung in den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht aufgenommen werden soll. Die

224) Sämtliches gesperrt Gedruckte vom Verf. gesperrt.

225) Aehnlich Urteil des VGH vom 17. 6. 1929 in WüRV 1930 S. 165 ff; dort hat der VGH u. a. erklärt, dass, wenn eine Behörde sich durch fremde, ausserhalb der Sache selbst liegende Rücksichten und Gesichtspunkte hat leiten lassen, dies als unsachliche Ausübung des Ermessens der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt; diesen Gedanken wiederholen die Urteile des VGH vom 28. 12. 1929 in WüRV 1931 S. 52 ff. und vom 18. 2. 1931 in WüRV 1931 S. 141 ff. fast wörtlich. — Mit der Frage des Vorwands beschäftigt sich das Urteil des VGH vom 8. 6. 1927 in WüRV 1928 S. 13.

226) Diese Formulierung bedeutet allerdings schon ein Hinübergleiten des VGH in das Gebiet des arbiträren Ermessens.

Frage ist für uns einfach zu beantworten; unsere Stellungnahme hiezu kann ohne weiteres aus unseren vorstehenden Ausführungen entnommen werden. Wir haben festgestellt, dass die Rechtsbeschwerde nach Art. 13 Abs. 1 VRPflG eine Verletzung objektiven Rechts voraussetzt und weiterhin, dass freies Ermessen Freiheit vom Gesetzesinhalt, also den Gegensatz von rechtlicher Gebundenheit bedeutet. Wo demnach eine Behörde nach freiem Verwaltungsermessen zu verfügen berechtigt ist, kann sie im Rahmen des freien Ermessens nicht gegen das objektive Recht verstossen. Wenn also Abs. 1 Art. 13 VRPflG für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde die Verletzung objektiven Rechts voraussetzt, eine Verletzung desselben aber durch Massnahmen, die auf Grund freien Ermessens vorgenommen werden, nicht möglich ist, so bedeutet Abs. 2 Art. 13 VRPflG, der den Ausschluss der Rechtsbeschwerde bei Verfügungen nach freiem Ermessen anordnet, lediglich eine überflüssige Wiederholung des bereits in Abs. 1 Gesagten. Abs. 2 Art. 13 VRPflG muss daher gestrichen werden und mit Recht hat die Kommission für den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes keine dem Art. 13 Abs. 2 VRPflG entsprechende Bestimmung in Art. 42 Entw. aufgenommen. Die Bestimmung verdeutlicht den Abs. 1 Art. 13 VRPflG in keiner Weise, hat vielmehr nur Unklarheit geschaffen und Unheil gestiftet. Abs. 2 Art. 13 VRPflG trägt die Schuld daran, dass der VGH früher auch Begriffe des arbiträren Ermessens keiner Nachprüfung unterzogen hat und jeden unbestimmten Begriff als Ermessensbegriff aufgefasst hat. Dass durch Streichung des Abs. 2 bei Aufrechterhaltung des Abs. 1 Art. 13 VRPflG an dem gegenwärtigen Rechtszustand nichts geändert wird, ist nach dem oben Ausgeführten sicher und eine Bestimmung, die nichts, zumindest nichts Neues besagt, sondern nur verwirrt, muss aus einem Gesetz entfernt werden und ist mit Recht im Entwurf entfernt worden. 227)

227) Die Begründung für die Streichung des Art. 13 Abs. 2 VRPflG, die von Haller im Auftrag der Kommission gegeben hat und von der Kommission fast unverändert gebilligt wurde, kann geradezu als klassisch bezeichnet werden; sie sei daher wörtlich hier aufgeführt:

„Art. 42 Abs. 1 des Entwurfs stellt die Rechtsbeschwerde auf dieselbe rechtliche Grundlage wie Art. 13 Abs. 1 des bisherigen Gesetzes. Danach ist Anfechtungsgrund, d. h. materiell-rechtliche Voraussetzung für das Durchdringen der Beschwerde gegenüber der Verwaltungsverfügung, dass diese Verfügung rechtlich nicht begründet ist und den Beschwerdeführer in einem Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet. Da eine solche Belastung wie auch die Verletzung eines subjektiven Rechts notwendig

Zum Schluss sei noch zu einer Bestimmung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes Stellung genommen, die eine starke Beeinträchtigung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes auf Grund der (beschränkten) Generalklausel des Art. 13 Abs. 1 VRPflG bedeutet. Es ist dies der Art. 15 Nr. 1 VRPflG, dem Art. 44 Nr. 1 a des Entwurfs entspricht. Die Bestimmung schliesst in den Fällen die Rechtsbeschwerde aus, in welchen „vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung einer Verwaltungsbehörde oder anderen Organen die endgültige Entscheidung zugewiesen ist." Für die endgültige und letztinstanzliche Zuweisung der Entscheidung an eine Verwaltungsbehörde können verschiedene Gründe, etwa solche politischer oder dienstlicher Natur oder Zweckmässigkeitsrücksichten massgebend sein. Diese Bestimmung birgt aber die grosse Gefahr in sich, dass dem Bürger in vielen Fällen, in denen an und für sich die Rechtsbeschwerde nach Art. 13 VRPflG gegeben wäre und im Rechtsschutzinteresse notwendig

---

die Verletzung objektiven Rechts voraussetzt, eine Verletzung objektiven Rechts aber da nicht stattfinden kann, wo die Rechtsordnung Erlassung und Inhalt einer Verfügung dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimstellt, so ist der in Art. 42 Abs. 1 Entwurf, Art. 13 Abs. 1 bisher. Ges. niedergelegte Anfechtungs-(Aufhebungs-)Grund da nicht gegeben, wo die Verwaltungsbehörde ihre Verfügung nach freiem Ermessen treffen kann. Wenn daher Art. 13 Abs. 2 bisher. Ges. bestimmt: ‚Ausgeschlossen ist die Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind", so hat das Gesetz damit keineswegs ein neues Erfordernis für die Rechtsbeschwerde aufgestellt, sondern nur eine nähere Erklärung, eine anderweitige Umschreibung des in Abs. 1 niedergelegten Gedankens geben wollen (Hohl, VerwRPfl. S. 56), er hat, wie Geier in WüRV XVI S. 117 sich ausdrückt: ‚nur eine schon aus Abs. 1 sich notwendig ergebende Folgerung ausdrücklich festgestellt'. Dies war gesetzgeberisch nicht notwendig. Besagt das Gesetz, dass ein Verwaltungsakt wegen Rechtsverletzung vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden kann, so ist damit ganz unmissverständlich ausgedrückt, dass das Verwaltungsgericht den Verwaltungsakt in Bezug auf die Rechtmässigkeit allseitig zu überprüfen, sich jedoch auf die Ermessensfrage in keiner Hinsicht einzulassen hat (Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 388). Dabei ist zu beachten, dass Ueberschreitung und Missbrauch der Ermessensfreiheit in den Kreis der rechtlichen Bindung eingreift und eben dadurch Rechtsverletzung begründet (Merkl a. a. O. S. 387). Abs. 2 von Art. 13 war in seiner Auswirkung umso bedenklicher, als die Vorschrift in prozessualem Gewand auftrat, wodurch, wie der Verwaltungsgerichtshof schon in einem am 2. Juli 1921 an das Staatsministerium erstatteten Bericht sich ausgedrückt hat: ‚Die als selbständige Norm aufgefasste Vorschrift die Neigung zu einer an sich nicht gebotenen und unbefriedigenden Einengung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit hervorgerufen hat'.

Es war danach geboten, die Vorschrift des Art. 13 Abs. 2 bisher. Ges. in den Entwurf nicht aufzunehmen."

wäre, der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz entzogen werden kann. 228)

Dies ist in der Tat auch vielfach geschehen und es gibt kaum ein württ. Gesetz verwaltungsrechtlichen Inhalts jüngeren oder älteren Datums, das nicht eine Reihe solcher endgültiger Zuweisungen der Entscheidung an eine Verwaltungsbehörde aufweisen würde. Schon Göz 229) hat eine Zusammenstellung einer Reihe von wichtigeren Fällen aus älteren, grossenteils jetzt nicht mehr geltenden Gesetzen gegeben, auf die hier trotz ihrer mangelnden Aktualität verwiesen sei, da die Zusammenstellung klar die zweifelhafte Berechtigung des Art. 15 Nr. 1 VRPflG (Art. 44 Nr. 1 a Entw.) erkennen lässt. Die Tendenz des Gesetzgebers, den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auf diese Weise einzuschränken, ist in neuerer und neuester Zeit nicht schwächer geworden, sondern stärker. In den verwaltungsrechtlichen Gesetzen des letzten Jahrzehnts finden sich Dutzende von Fällen der endgültigen Zuweisung einer Entscheidung an eine Verwaltungsbehörde. Selbst in Fällen, die die Existenz des Bürgers berühren, ist nach neuesten Gesetzen die Verfolgung von Rechten oder die Zurückweisung von rechtlich nicht begründeten belastenden Verwaltungsakten im Wege der Rechtsbeschwerde vermittels des Art. 15 Nr. 1 VRPflG unmöglich gemacht. Wir nennen hier nur einige Beispiele, die einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz als besonders notwendig erscheinen liessen, in denen er aber dem Bürger auf Grund des Art. 15 Nr. 1 VRPflG entzogen ist. So entscheidet z. B. nach Art. 116 Satz 3 GdeO vom 19. 3. 1930 die Ministerialabteilung für Bezirks- und Körperschaftsverwaltung bzw. das Innenministerium endgültig über die Zulässigkeit der Kündigung eines hauptberuflich endgültig auf eine Stelle im Gemeindedienst angestellten Beamten, der sein Amt mindestens fünf Jahre bei derselben Gemeinde bekleidet hat. Ob die genannten Voraussetzungen vorliegen, würde an sich der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterliegen, wenn dieser Gegenstand nicht der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit entzogen wäre. Ein anderes Beispiel:

228) Sartorius, Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Württemberg in den Jahren 1925—31 im Jahrb. d. öff. Rechts Bd. 20 1932 S. 168 ff, bezeichnet dort S. 184 die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber durch Einzelbestimmung die Generalklausel des Art. 13 vielfach ausser Anwendung gesetzt hat, mit Recht als einen bedauerlichen Rückschritt; vgl. auch Rupp, Rechtsbeschwerde und Parteistreitverfahren in: WüRV 1932 S. 17 ff.

229) a. a. O. S. 102 ff.

Nach Art. 54 Abs. 1 Satz 2 GdeO steht demjenigen, der gegen die Entscheidung des Gemeinderats im Wahlprüfungsverfahren Einspruch erhoben hat und dem, dessen Wahl für ungültig oder dessen Eintritt in den Gemeinderat für unzulässig erklärt worden ist, je nach Grösse der Gemeinde die Beschwerde an den Bezirksrat bzw. an die Ministerialabteilung für Bezirks- und Körperschaftsverwaltung zu, deren Entscheidungen endgültig sind. Also auch hier Ausschluss des Rechtsschutzes, der hier nach der ersten Alternative des Art. 13 Abs. 1 VRPflG zweifellos gegeben wäre. Art. 225 Abs. 3 GdeO versperrt dem Bürger gegen alle Entscheidungen in Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung den Weg zum VGH. Art. 51 Abs. 1 Satz 2 des Körperschaftspensionsgesetzes vom 14. 4. 1928 230) schliesst die Rechtsbeschwerde sogar für den ganzen Umfang des Gesetzes gegen die Entschliessungen der in Frage stehenden Körperschaften und ihrer Aufsichtsbehörden aus und lässt letztinstanzlich die jeweilige Aufsichtsbehörde entscheiden. 231) Sämtliche sich aus dem Körperschaftspensionsgesetz ergebenden Ansprüche, wie etwa der Ruhegehaltsanspruch hinsichtlich seiner Dauer und Höhe, seines Wegfalls und des Ruhens, entbehren also des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. 232) Diese Beispiele liessen sich fast beliebig vermehren 233) und es muss festgestellt werden, dass auf dem Wege über den Art. 15 Nr. 1 VRPflG wichtige und sehr umfangreiche Gebiete des Verwaltungsrechts dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz entzogen worden sind, auch gerade die Gebiete des Verwaltungsrechts, die in politisch bewegter Zeit eines solchen Schutzes dringend bedürfen. Die an sich schon beschränkte Generalklausel des Art. 13 VRPflG verliert dadurch sehr an Bedeutung und ohne dass rechtspolitische Gründe dies vielfach zwingend erfordern würden. Es wäre daher wünschenswert, dass der dem Art. 15 Nr. 1 VRPflG entsprechende Art. 44 Nr. 1 a Entw. im Entwurf gestrichen würde. Zumindest muss aber vom Gesetzgeber gefordert werden, dass er sich bei der Zuweisung

230) RegBl 1928 S. 11.

231) Es ist aber zu beachten, dass eine Reihe von Ansprüchen aus dem Körperschaftspensionsgesetz im Zivilrechtsweg kraft Zuweisung verfolgbar sind.

232) Die Rechtsbeschwerde ist nach dem Körperschaftspensiongesetz z. B. auch ausgeschlossen gegen vorzeitige, unbegründete Pensionierung, während sie den Staatsbeamten nach dem Beamtengesetz eingeräumt ist.

233) Vgl. z. B. noch Art. 22 Abs. 2 S. 2 LdsFeurl.O in der Fassung vom 31. 3. 1923 (RegBl S. 154) und Art. 4 Satz 3 KörperschBesGes (RegBl 1924 S. 337).

endgültiger Entscheidung an eine Verwaltungsbehörde diejenige Beschränkung auferlegt, die notwendig ist, wenn nicht der auf der einen Seite in Form der Generalklausel grosszügig eröffnete Rechtsschutz hinten herum wieder beseitigt wird, so dass nur ein ausgehöhlter Verwaltungsrechtsschutz übrig bleibt.

Zweites Kapitel.

Das frühere württ. Parteistreitverfahren und die durch seine Aufhebung im Jahre 1924/25 entstandenen Probleme.

Unsere Erörterungen im vorhergehenden Teilstück unserer Abhandlung hatten die Untersuchung der Rechtsbeschwerde, die die praktisch wichtigste Erscheinungsform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Württemberg ist 234), zum Gegenstand. Unberücksichtigt blieb bisher die in Form des sogenannten Parteistreitverfahrens erscheinende Verwaltungsgerichtsbarkeit, die hauptsächlich ihre gesetzliche Grundlage in dem Art. 10 VRPflG vom 16. Dezember 1876 hat. Das württembergische verwaltungsgerichtliche Parteistreitverfahren wurde zwar durch die Verordnungen des württ. Staatsministeriums vom 26. März 1924 235) in Verbindung mit der Verordnung vom 24. März 1925 236) für die bis dahin von den Kreisregierungen behandelten Fälle aufgehoben und damit sein Umfang wesentlich eingeschränkt, so dass an sich grundsätzliche Erörterungen über das Parteistreitverfahren nicht sehr aktuell zu sein scheinen; es besteht aber noch für Streitigkeiten aus dem württ. Berggesetz vor dem Oberbergamt als Verwaltungsgericht I. Instanz 237) und weiterhin für die Klagen nichtwürttembergischer Fürsorgeverbände gegen württembergische Fürsorgeverbände aus der Fürsorgepflicht, die von dem Verwaltungsgerichtshof als Verwaltungsgericht I. Instanz entschieden werden. Ausserdem hat der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg das Parteistreitverfahren, das durch die genannten Verordnungen abgeschafft worden war, wieder in veränderter Form und Gestaltung aufgenommen. So ergeben sich denn für die folgenden Untersuchungen zwei Hauptproblemgruppen:

---

234) A. A. zu Unrecht Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924 S. 153.

235) RegBl 1924 S. 173 ff.

236) RegBl 1925 S. 41 ff.

237) Dasselbe gilt für die Ablösungskommission, an deren Stelle jedoch am 28. 3. 1924 die Minist.Abt. für Bezirks- und Körperschaftsverwaltung getreten ist. (vgl. § 3 V.O. des Staatsministeriums über die Aufhebung der Ablösungskommission vom 28. 3. 1924 (Reg.Bl. 1924 S. 186); doch sind hier die Fälle nicht mehr praktisch.

Der eine Fragenkomplex hat zum Gegenstand die Untersuchung der Berechtigung und Bedeutung einer Scheidung zwischen Verwaltungsstreitsachen im engern Sinn und der Rechtsbeschwerde; es fragt sich also, ob die Zweiteilung der württembergischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rechtsbeschwerde- und Parteistreitsachen einer inneren Wesensverschiedenheit beider Erscheinungsformen entspricht oder ob lediglich rein äusserliche und praktische Rücksichten hiefür massgebend waren und daher zu einer solchen Scheidung berechtigen.

Die andere Problemgruppe hat ihre Wurzel in dem durch die oben angeführten Verordnungen geschaffenen neuen unklaren Rechtszustand. Zentral für diese Fragen ist der § 13 der Verordnung des württembergischen Staatsministeriums vom 26. März 1924. Auf die Einzelfragen wird unten näher eingegangen werden.

Einleitend seien in Kürze die Grundzüge der gesetzlichen Regelung des Parteistreitverfahrens im Gegensatz zum Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1876 skizziert. Nach Art. 13 VRPflG richtet sich die Rechtsbeschwerde gegen Entscheidungen oder Verfügungen von Verwaltungsbehörden im Gegensatz zur verwaltungsgerichtlichen Klage 238), die sich gegen den „Beklagten" richtet. 239) Die Parteistreitigkeiten nach Art. 10 VRPflG sind solche Streitigkeiten, bei denen Körperschaften des öffentlichen Rechts oder Private über das Bestehen oder Nichtbestehen öffentlichrechtlicher Ansprüche miteinander streiten, ohne dass der Staat in der Regel unmittelbar beteiligt ist. Es handelt sich bei ihnen im Gegensatz zur Rechtsbeschwerde nicht um sogenannte nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, bei der der Verwaltungsweg erst durchlaufen sein muss, ehe die Rechtsbeschwerde zulässig ist. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit setzt bei den Parteistreitigkeiten früher ein als in Rechtsbeschwerdesachen. So sind auch für das Parteistreitverfahren zwei verwaltungsgerichtliche Instanzen vorgesehen. In erster Instanz entscheiden regelmässig die Kreisregierungen 240), als Berufungsinstanz der VGH, der in Rechtsbeschwerdesachen in erster und letzter Instanz entscheidet. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in

238) Vgl. z. B. Art. 10, 26, 27, 28 usw. VRPflG.

239) Vgl. z. B. Art. 24 VRPflG.; vgl. auch v. Köhler, Protokolle der 5. Sitzung der Kommission für die Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg vom 18. 5. 1928 S. 7 u. 8.

240) Vgl. Art. 10 VRG.

Rechtsbeschwerdesachen ist in Form einer Generalklausel geregelt 241), für die Parteistreitsachen gilt das Enumerationsprinzip. 242) Für beide Verfahrensarten bestehen gewisse gemeinsame Bestimmungen allgemeiner Art. 243) In den Art. 23—42 ist das Verfahren I. Instanz in Parteistreitsachen, in den Art. 43—57 sind die Rechtsmittel gegen die erstinstanzlichen Entscheidungen der Kreisregierungen geregelt. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren gelten die besonderen Bestimmungen der Art. 59—71 des VRG vom 16. Dez. 1876.

Für uns handelt es sich zunächst darum, festzustellen, worin sich das Parteistreitverfahren und das Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem VRG unterscheiden. Das Parteistreitverfahren ist unbestrittenermassen als reines Parteiverfahren ausgestaltet; dies bedarf gegenüber den präzisen Formulierungen des Gesetzes keines weiteren Beweises. Es stehen sich im Parteistreitverfahren zwei Parteien in völlig gleichmässig ausgestalteter Prozessrechtsstellung gegenüber. Der Kläger hat dem Beklagten gegenüber keine in irgend einer Richtung verstärkte Rechtsposition; dies ist ebensowenig umgekehrt der Fall. Grundsätzlich anders liegen dagegen die Verhältnisse bei der Rechtsbeschwerde. Die prozessuale Rechtsstellung des Rechtsbeschwerdeführers ist eine andere als die des „Rechtsbeschwerdegegners", nämlich der Verwaltungsbehörde, deren Verfügung oder Entscheidung mit der Rechtsbeschwerde angefochten wird. 244) Die Verwaltungsbehörde, mit andern Worten der Staat, hat nicht förmliche Parteistellung. 245) Dafür spricht schon die vor-

241) Art. 13 VRG.

242) Art. 10 VRG und verschiedene Spezialgesetze.

243) Art. 17—22 VRG.

244) Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 561, 562, formuliert den Unterschied zwischen dem Parteistreit- und dem Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem VRG folgendermassen: „Im verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahren stehen sich mindestens 2 Personen, physische oder juristische, als Kläger und Beklngte gegenüber . . . Die Klage richtet sich gegen den in Anspruch genommenen Beklagten und nicht gegen die angefochtene Vorentscheidung. Im Rechtsbeschwerdeverfahren dagegen ist zunächst nur die Rolle des Klägers durch den Beschwerdeführer vertreten. Sein Angriff geht gegen die von ihm angefochtene Verfügung; die Beschwerde ist daher gegen die Verwaltungsbehörde, welche die angefochtene Verfügung oder Entscheidung erlassen hat, zu richten."

245) Ebenso Geier, Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde in: WüRV 1925, S. 110, der erklärt, dass der Verwaltungsbehörde zwar sachlich die Stellung als Gegenpartei des Beschwerdeführers zugewiesen sei, dass das Rechtsbeschwerdeverfahren aber formell kein Parteiverfahren

sichtige Formulierung des VRG, die es vermeidet, die Verwaltungsbehörde als die „Beklagte" zu bezeichnen und die die Rechtsbeschwerde nicht gegen den Prozessgegner, sondern „gegen die Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungsbehörde" 246) richten lässt. Wenn auch die Verwaltungsbehörde bis zu einem gewissen Grad unmittelbar am Verfahren beteiligt ist, so kann sie doch nicht als der wirkliche Gegner des Beschwerdeführers bezeichnet werden. Die Verwaltungsbehörde hat überdies verschiedene Rechte, die der Beschwerdeführer nicht hat. Nach Art. 69 VRG kann z. B. der Beschwerdeführer unter bestimmten Voraussetzungen in die Kosten des Verfahrens verurteilt werden, dagegen nicht die Verwaltungsbehörde. Art. 70 VRG gibt der Verwaltungsbehörde gegen die Entscheidung des VGH im Rechtsbeschwerdeverfahren das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage wegen Kompetenzüberschreitung, nicht dagegen (selbstverständlich) dem Beschwerdeführer. Dem entspricht es auch, dass der VGH in seiner Entscheidung die Verwaltungsbehörde nicht zu einem Tun verurteilen kann, sondern lediglich die durch diese unzulässigerweise getroffene Verfügung wieder aufheben kann. Die Verwaltungsbehörde, also der Staat, ist also im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht Partei im Sinne eines dem Beschwerdeführer mit gleichen prozessualen Rechten ausgestatteten Gegners. Weiterhin spricht das Institut des „Vertreters des öffentlichen Interesses", dessen Befugnisse in den Art. 20, 32, 43, 44, 52, 68 VRPflG geregelt sind, dafür, dass das Gesetz unter allen Umständen vermeiden wollte, dass der Staat dem Beschwerdeführer formell als Partei gegenübersteht. Materiell kann der Staat im Rechtsbeschwerdeverfahren als Partei bezeichnet werden; Partei im formellen

sei. Ebenso VGH vom 21. 3. 1923 (WüRV 1923 S. 141 f). Ebenso Rupp, Rechtsbeschwerde oder Parteistreitverfahren, in: WüRV 1932, S. 20. And. Ansicht Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsarchiv Bd. 12, 1904 S. 123. Schultzenstein erklärt dort u. a.: „Für das württ. Verwaltungsstreitverfahren (gemeint ist Verwaltungsstreitverfahren i. w. S., also Parteistreitverfahren und Rechtsbeschwerdeverfahren) kann es gar keinem Zweifel unterliegen, dass es darin Parteien . . . gibt." Schultzenstein glaubt dies vor allem daraus schliessen zu dürfen, dass in Art. 71 Abs. 3 VRG vom „Gegner", in Art. 71 Abs. 4 von der „Partei", in Art. 71 Abs. 5 von „Parteien" gesprochen wird. — Abgesehen davon, dass der von Schultzenstein mehrfach angezogene Art. 71 VRG sich nicht auf das eigentliche Rechtsbeschwerdeverfahren, sondern auf die Nichtigkeitsklage, die gegen eine vom VGH im Rechtsbeschwerdeverfahren erlassene Entscheidung erhoben wird, bezieht, ist es nicht angängig, nur nach dem Wortlaut des Gesetzes, nicht aber nach dessen eigentlichem Inhalt zu urteilen.

246) Art. 13 VRG.

Sinn ist er dagegen nicht. Das Rechtsbeschwerdeverfahren ist also ein Prozessverfahren mit formell nur einer Partei. Eine dergestaltige prozessuale Ausgestaltung des Rechtsbeschwerdeverfahrens entspricht auch den dem Rechtsbeschwerdeverfahren unterliegenden materiellen Verhältnissen. Der beschwerdeführende Bürger steht in Rechtsbeschwerdesachen dem Staat nicht auf gleicher Ebene, sondern im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung gegenüber. 247)

Von beachtenswerter Seite her wurde schon bestritten, dass es ein verwaltungsgerichtliches Verfahren mit nur einer Partei gebe. Fleiner 248) hat z. B. erklärt, dass jedes Verwaltungsstreitverfahren zwei Parteien voraussetze. Dieser Grundsatz sei rein dort durchgeführt, wo vor den Verwaltungsgerichten Private gegen öffentlichrechtliche Korporationen unterhalb des Staats, oder wo öffentlichrechtliche Korporationen unter sich als streitende Teile auftreten. Hier spreche man von Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts. Aber auch in den Fällen, in denen der Private gegen eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde vor den Verwaltungsgerichten auftrete, stehe der Staat prozessual dem Kläger in der Rolle der Partei gegenüber. Mit Recht hat schon Otto Mayer 249) sich in dieser Frage auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Er hat u. a. erklärt, dass es „dem Zweck der ganzen Rechtsschutzvorkehrung genüge, wenn nach dem Muster des Strafprozesses e i n e solche Partei der richtenden Behörde gegenüberstehe". Diese Auffassung ist durchaus zutreffend, wenn auch der Ansicht Otto Mayers zu dem ganzen Fragenkomplex im übrigen nicht beigetreten werden kann. Die Richtigkeit des Otto Mayerschen Standpunkts wird vor allem durch folgende Erwägung noch gestützt. Der verwaltungsgerichtliche Prozess dient in gleichem Masse wie der Zivilprozess der Abgrenzung und der Entscheidung über entgegengesetzte Interessen. Dabei kann nicht massgeblich sein, in welcher Form und auf welche Weise die sich widerstreitenden Interessen im Prozess vertreten werden; wesentlich ist, dass überhaupt Interessen einander entgegenstehen und diese dem Gericht gegenüber offenkundig gemacht werden. Der Beschwerdeführer muss im Rechtsbeschwerdeverfahren nach Anhängigmachung des Prozes-

247) Näheres s. weiter unten.

248) Vgl. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928 S. 264, 265.

249) Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, 1. Bd. S. 153 f.

ses dem Gericht gegenüber in Parteistellung seinen Standpunkt äussern, seine Interessen vertreten können. Dies kommt für die Verwaltungsbehörde nicht in Betracht, da sie durch Erlass der vom Beschwerdeführer durch Rechtsbeschwerde angefochtenen Verfügung ihre, d. h. die öffentlichen Interessen, bereits vertreten und geäussert hat. Daher ist in einem solchen Verfahren das Vorhandensein einer Partei durchaus genügend. 250)

Dass der Staat, der, wie wir oben ausgeführt haben, im Rechtsbeschwerdeverfahren des VRG formell nicht Partei ist, grundsätzlich Partei sein kann, dürfte nicht bestritten werden können. 251) Es liegt in der Hand des Gesetzgebers, den Staat auch da, wo er dem Untertanen in hoheitlicher Gestalt gegenübertritt, auf dem Gebiet der Gerichtsbarkeit in eine Parteirolle hinabdrängen. Es darf ausserdem nicht übersehen werden, dass es als durchaus natürlich angesehen wird, dass der Staat auf dem Gebiet des Zivilrechts und -prozessrechts als Partei auftritt. Dass es aber der Stellung des Staates auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts da, wo er dem Untertanen als hoheitlicher Staat gegenüber tritt, nicht entspricht, als Partei in genau derselben Rechtsstellung wie der Untertan behandelt zu werden, ist sicher. 252) Das württ. VRG vom 16. Dez. 1876 hat es daher auch vermieden, im Rechtsbeschwerdeverfahren den Staat formell zur Partei zu machen. 253)

Es fragt sich nun, ob eine derartige Scheidung der Verwaltungsstreitsachen in Parteistreit- und Rechtsbeschwerdesachen insbesondere im Hinblick auf die Generalklausel des Art. 13 VRG berechtigt ist und eine innere Wesensverschiedenheit zwischen beiden Verfahrensarten besteht. Unsere oben gemachten Ausführungen lassen schon erkennen, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihrer inneren Struktur nach in Parteistreit- und Rechtsbeschwerdesachen zerfällt. Rechtsbeschwerde kann nach Art. 13 VRG gegen eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde erhoben werden. Durch die Erlassung einer solchen Entscheidung entsteht ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Beschwerdeführer; letzterer

250) Näheres über die Polemik in dieser Frage s. bei Teuffel, Rechtsbeschwerde, S. 58 ff, der jedoch im wesentlichen auf entgegengesetztem Standpunkt wie Verfasser steht.

251) Vgl. u. a. auch Schultzenstein, a. a. O. insbes. S. 126 ff, auch S. 168.

252) Vgl. Sartorius, Protokolle der 8. Sitzung der Kommission für das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 8. Dez. 1927, S. 9.

253) s. o. S. 88—90.

steht unmittelbar der Staatsgewalt gegenüber; dies jedoch nicht auf dem Boden der Gleichordnung. Das zwischen Verwaltungsbehörde, also zwischen der Staatsgewalt und dem Beschwerdeführer als dem zu Unrecht Belasteten oder in seinem Recht Verletzten bestehende Rechtsverhältnis ist gekennzeichnet durch die Begriffe der Ueber- und Unterordnung. Im Gegensatz hiezu stehen sich im Parteistreitverfahren zwei Parteien, zwar auch auf öffentlichrechtlichem Boden, jedoch gleichgeordnet gegenüber. Ein besonderes öffentliches Interesse, mit dem sich die staatliche Gewalt im einzelnen Fall hinter den einen oder anderen Beteiligten stellen würde, liegt nicht vor. 254) Beide Beteiligte wahren ihre auf gleicher Ebene erwachsenen und liegenden subjektiven Rechte. 255) Die grundsätzliche Verschiedenartigkeit der Rechtsbeziehungen bei Rechtsbeschwerdesachen und Parteistreitigkeiten wird unten an einzelnen Beispielen näher dargetan werden. Auch Sarwey 256) unterscheidet grundsätzlich zwischen Rechtsbeschwerdesachen und Parteistreitigkeiten. Nach ihm liegen Parteistreitigkeiten vor, wenn jeder Teil sein Privatinteresse verfolgt, das subjektive Recht jedoch seinen Grund in dem Genossenschaftsverhältnis, insbesondere in der Verleihung durch die Staatsgewalt hat und dessen Ausübung unter der Einwirkung der letzteren bleibt. Abgesehen von den Streitigkeiten dieser Kategorie nimmt sodann nach Sarwey jeder Streit ohne Unterschied, ob ein Teil sein Individualinteresse, der andere Teil das öffentliche Interesse vertritt, oder ob beide Teile als Vertreter des

254) Vgl. Klumpp, Das Recht der öffentlichen Fürsorge in Württemberg, S. 47; auch Härle, Protokolle der 8. Sitzung der Kommission für das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 8. Dezember 1927, S. 10.

255) So auch W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 305; ebenso im wesentlichen Geier, a. a. O. S. 110; er formuliert den Unterschied folgendermassen: „Während bei der Rechtsbeschwerde nach Art. 13 VRG der Einzelne unmittelbar der öffentlichen Gewalt gegenübersteht, deren Verfügung oder Entscheidung ihn beschwert und ihn unmittelbar in ein Rechtsverhältnis zu dieser Gewalt gebracht hat, handelt es sich bei der durch Art. 10 VRG und die in § 1 Nr. 22—26 genannten gesetzlichen Bestimmungen der Entscheidung der Verwaltungsgerichte im Wege des Parteistreitverfahrens zugewiesenen Streitigkeiten zwar ebenfalls um die Verfolgung von auf öffentlichrechtlicher Grundlage ruhenden subjektiven Rechte, jedoch mit der Massgabe, dass zwei Interessenten je in Wahrung ihrer besonderen Rechtssphäre auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, d. h. als Parteien einander gegenübertreten . . . , weshalb den beiderseitigen Interessenten ohne Rücksicht auf ihre sonstige öffentlichrechtliche Stellung auch formell die Eigenschaft als gleichberechtigter Parteien unter kontradiktorischer Gestaltung des Verfahrens zuerkannt wurde." Vgl. auch Hohl, S. 47, 126.

256) Vgl. Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 113—119.

öffentlichen Interesses einander gegenüberstehen, die Natur eines Parteistreits an, wenn das direkte Interesse beider Teile, welches im Streite liegt, ein vermögensrechtliches Interesse ist. In diesen Fällen steht immer der bestrittenen Pflicht oder dem bestrittenen Recht des Einzelnen oder des Organs der öffentlichen Gewalt ein Organ der öffentlichen Gewalt gegenüber, welches gleichfalls einen vermögensrechtlichen, in dem öffentlichen Genossenschaftsverhältnis begründeten Anspruch behauptet oder einen vermögensrechtlichen in diesem Verhältnisse begründeten Anspruch, eine vermögensrechtliche Leistungspflicht bestreitet. In allen übrigen der Verwaltungsjurisdiktion zuzuweisenden Streitigkeiten steht der Einzelne, welcher sein subjektives Recht verfolgt, ausnahmslos der öffentlichen Gewalt gegenüber, welche das öffentliche nicht in der Form des Vermögensinteresses sich äussernde Interesse vertritt. Dies schliesst an sich den Parteistandpunkt aus, da Partei doch nur ein Rechtssubjekt sein kann, welches sein individuelles Interesse zur Geltung zu bringen sucht und dessen Gegner ein gleichwertiges Interesse in Anspruch nimmt, also auf gleiche Geltung seiner Willensäusserungen Anspruch machen kann. Später 257) erklärt jedoch Sarwey: „Zu einer folgerichtigen Entwicklung der Verwaltungsrechtspflege gelangt man nur durch die Scheidung der ihr unterliegenden Streitfälle in die Fälle des Parteienstreits und die Fälle der Rechtsbeschwerde, wobei es häufig ausschliesslich von der konkreten Sachlage abhängt, ob das im Streit liegende subjektive Recht in der einen oder anderen Form vor dem Verwaltungsgerichtshof zu verfolgen ist." Damit aber, dass Sarwey erklärt, es hänge häufig ausschliesslich von der konkreten Sachlage ab, ob das im Streit liegende subjektive Recht in der einen oder anderen Form vor dem Verwaltungsgericht zu verfolgen ist, verneint Sarwey im Grunde einen wesensmässigen Unterschied zwischen Rechtsbeschwerde und Parteistreitsachen. Ueberdies geht die Behauptung Sarweys, dass es in Rechtsbeschwerdesachen sich nur um Angelegenheiten handle, bei denen sich das öffentliche Interesse nicht in Form eines Vermögensinteresses äussere, fehl, da öffentliches Interesse und Vermögensinteresse doch vielfach identisch sind. Die Theorie Sarweys ist daher nicht brauchbar. Seine Ausführungen geben jedoch zu anderen Erörterungen Anlass. Sarwey steht nämlich mit seiner Behauptung, dass häufig das im Streit liegende subjektive Recht

257) a. a. O. S. 119.

im Rechtsbeschwerdeweg sowohl wie im Wege des Parteistreitverfahrens verfolgt werden könne, nicht allein. Ob diese Behauptung richtig ist, soll unten im Zusammenhang mit der weiter zu erörternden Frage, ob zwischen Rechtsbeschwerde und Parteistreitsachen ein wesensmässiger Unterschied besteht, untersucht werden. Im Gegensatz zu unserer oben erörterten Auffassung verneinen einige Schriftsteller das Bestehen eines solchen Unterschieds. Rupp 258) geht zwar auch davon aus, dass der Grundgedanke bei der Teilung des Verfahrenswegs der ist, dass bei der Rechtsbeschwerde der Beschwerdeführer unmittelbar der Verwaltungsbehörde als der Trägerin öffentlicher Gewalt gegenübersteht und deren Verfügung als einen unberechtigten Eingriff in seine Rechtssphäre abwehrt, während bei den Klagsachen zwei einander gleichgeordnete Personen ihren Streit über ein zwischen ihnen bestehendes öffentliches Rechtsverhältnis vor das Gericht bringen und von ihm darüber eine für beide gleicherweise verbindliche Entscheidung begehren. Rupp kommt jedoch auf Grund von Einzeluntersuchungen einer Reihe von Parteistreitigkeiten 259) zunächst für das Gebiet der Fürsorgestreitigkeiten zu dem Ergebnis, dass sie „innerlich nicht weit von den Fällen verschieden sind, wo die Verwaltungsbehörde in Ausübung ihrer öffentlichen Gewalt unmittelbar an den Einzelnen herantritt" 260) Rupp meint mit diesen Fällen die Rechtsbeschwerdesachen. Generell kommt er zu der Auffassung, dass auch die Parteistreitsachen „in ihren inneren Rechtsbeziehungen immer zugleich und zuerst gebunden sind durch ein Rechts- oder Pflichtverhältnis zum Staat als dem herrschenden Gemeinwesen ... 261) Rechtsverhältnisse zum anderen seien im öffentlichen Recht in der Regel erst etwas Sekundäres und Bedingtes; sie seien aus dem Grundverhältnis zum Staat abgeleitet. Damit bestätige es sich, dass der Unterschied zwischen den Rechtsverhältnissen unter Gleichgeordneten und den Rechtsverhältnissen des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt nur ein äusserlicher sei. Da das Parteistreitverfahren das notwendige Spiegelbild zum freien Verfügungsrecht des einzelnen Privaten über seine Verhältnisse sei, diese Freiheit es aber

258) Vgl. a. a. O. S. 18.

259) Vgl. a. a. O. S. 20/21; Rupp geht vor allem mehr auf die Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen bei Fürsorge-, Weg-, Wasser- und Jagstreitigkeiten ein.

260) Vgl. a. a. O. S. 20.

261) Vgl. a. a. O. S. 21/22.

im öffentlichen Recht nicht gebe, könne ein zivilprozessartiges Verfahren nur begrenzten Wert haben. 262) Mit ähnlicher Begründung hat schon früher Hofacker 263) die Berechtigung einer Scheidung zwischen Rechtsbeschwerde- und Parteistreitsachen abgelehnt. 264) Hofacker geht davon aus, dass eine Parteistreitigkeit, für welche ein besonderer Verfahrensweg zu regeln wäre, nicht schon dann vorliegt, wenn in einer Verwaltungssache zwei einzelne (Parteien) sich gleichberechtigt gegenüberstehen. Die beiden Parteien müssten zumindest auch über den Streitgegenstand selbst verfügungsberechtigt sein, die Verwal-

262) Rupp (a. a. O. S. 22) geht davon aus, dass ein Parteistreitverfahren in seiner folgerichtig durchgebildeten Form des Zivilprozesses das notwendige Spiegelbild zum freien Verfügungsrecht des einzelnen Privaten über seine Verhältnisse ist; für öffentlichrechtliche Verhältnisse, in denen es diese Freiheit nicht gebe, könne ein zivilprozessartiges Verfahren nur mit starken Abschwächungen zur Anwendung kommen. Die Richtigkeit dieser seiner Auffassung sucht Rupp u. a. mit den Ausführungen zu belegen, die Becker zu §§ 228, 258 RAO gemacht hat (Becker führt a. a. O. u. a. aus [,S. 546]: „Soweit die gesetzlichen Beweisregeln des Zivilprozesses aber nur formale Bedeutung haben, z. B. die Beweiskraft des Parteieides, ist eine entsprechende Anwendung schlechthin ausgeschlossen . . . Für die zivilprozessrechtlichen Lehren vom Geständnis, Zugeständnis, Bestreiten, Nichtbestreiten und Nichterklären ist im Steuerverfahren kein Ranm . . . Ein formelhaft aus dem Zivilprozess übernommenes allgemeines Bestreiten aller vom Gegner behaupteten Tatsachen ist wertlos. [S. 548] Die Verschiedenheiten des Verfahrens von anderen Verfahren dürfen nicht übersehen werden . . . Im Zivilprozess neigen die Gerichte in Deutschland gleichfalls dazu, nur dann zu verurteilen, wenn der Beweis in schärfster Weise geführt ist . . . Für das Besteuerungsverfahren wäre ein ähnliches Verfahren unerträglich."). Aus den eben angeführten Ausführungen Beckers geht demnach nur hervor, dass es sich nach Auffassung Beckers hinsichtlich des zivilprozessualen Verfahrens einerseits und des steuerrechtlichen andererseits um zwei verschiedene Verfahrensarten handelt. Der Unterschied beider Verfahrensarten besteht nach Becker vor allem darin, dass fast die gesamten Beweisregeln des Zivilprozesses und eine Reihe sonstiger formaler Bestimmungen des Zivilprozessrechts auf das steuerrechtliche „Rechtsbeschwerdeverfahren" nicht anwendbar sind. Nirgends spricht Becker aber davon, dass zwischen den beiden genannten Verfahrensarten ein grundlegender Unterschied aus dem Grunde bestehe, weil das zivilprozessuale Parteiverfahren auf dem freien Verfügungsrecht recht der Parteien aufgebaut sei, dass es im Gebiet des öffentlichen Rechts und damit auch das Steuerrechts nicht gebe. Becker ist also von Rupp zur Unterstützung seiner Ansicht, dass das Parteiverfahren auf dem freien Verfügungsrecht der Parteien aufbaue und es ein solches im Bereiche öffentlichrechtlicher Verhältnisse nicht gebe, weshalb es auch öffentlichrechtlichem Gebiet kein Parteistreitverfahren geben könne, zu Unrecht herangezogen worden.

263) Vgl. Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde, S. 82 ff.

264) Gegen ein besonderes Parteistreitverfahren auch v. Pistorius, Staats- und Verwaltungskunde, S. 93.

tungsbehörde müsste unbeteiligt sein. Dass diese Voraussetzung gegeben wäre, lehnt Hofacker jedoch ab. „Wenn man nun die Erfordernisse 265) des echten Parteistreitverfahrens ... genau betrachtet, so drängt sich jedem ..., die Frage auf, ob unser Verwaltungsrecht überhaupt für ein Parteistreitverfahren, in dem zwei Einzelne in Verfolgung von Verwaltungsrechten sich gegenüberstünden und die Staatsverwaltung nur einen unparteiischen Schlichter des Rechtsstreits zur Verfügung stellen könnte, Raum lässt. Ich muss gestehen, dass ich bis jetzt keinen Fall dieser Art ausfindig machen konnte, die Natur der verwaltungsrechtlichen Dinge steht entgegen." 266) Hofacker verneint jedoch die Möglichkeit, dass es Fälle echter Parteistreitigkeiten gibt, nicht vollkommen. 267) Die grundsätzlichen Einwände, die Rupp und Hofacker gegen die Berechtigung eines besonderen Parteistreitverfahrens erheben, lassen sich demnach dahin formulieren: Die inneren Rechtsbeziehungen zweier „Parteien" im Gebiet des Verwaltungsrechts sind „zuerst" gebunden und sekundär gegenüber dem Rechts- und Pflichtverhältnis zum obrigkeitlichen Staat; damit fehlt aber auch den „Parteien" das freie Verfügungsrecht über den Streitgegenstand, was die eine Voraussetzung eines dem zivilprozessualen Verfahren ähnlichen Parteiverfahrens ist. Für ein Parteistreitverfahren im Gebiet des öffentlichen Rechts ist daher kein Raum. Die Unrichtigkeit dieses von uns schon oben abgelehnten Standpunkts werden wir im folgenden an Hand eines Beispiels aus dem Wasserrecht nachweisen. Sowohl Hofacker wie Rupp stehen auf dem Standpunkt, dass Wasserrechtsstreitigkeiten 268) nicht die Natur von echten Parteistreitigkeiten haben und zwar deshalb nicht, weil den Parteien das freie Verfügungsrecht über den Streitgegenstand fehle, der Grund, weshalb die genannten Schriftsteller die Berechtigung des Parteistreitverfahrens überhaupt ablehnen. Hofacker formuliert diesen Gedanken für den konkreten von ihm in seiner Abhandlung dargestellten Fall aus dem Wasserrecht folgendermassen: Wenn sich etwa zwei Wasserwerksbesitzer in einem Streit in Rechtsstellung gegenüberstehen, so ist ihrer Rechtsstellung diejenige der Staats-

265) Gemeint ist vor allem das freie Verfügungsrecht über den Streitgegenstand.

266) Vgl. a. a. O. S. 83.

267) Ebd.

268) Vgl. Art. 10 Ziff. 24 VRG und Art. 69 Abs. 1 Ziff. 2 Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg.

behörde übergelagert 269), die die öffentlichen Gewässer zu beaufsichtigen hat. 270) Die Richtigkeit dieser Auffassung scheint bei oberflächlicher Betrachtung zunächst unbestreitbar; in Wirklichkeit liegen jedoch die Dinge anders. Gehen wir davon aus, dass mehreren Wiesenbesitzern nach Art. 31 Wass.-Ges. ein Sondernutzungsrecht an einem öffentlichen Gewässer zur Bewässerung von Wiesen verliehen ist; das Recht zur Entnahme von Wasser ist gemäss Art. 31 Wass.-Ges. auf eine bestimmte Wassermenge und auf die Entnahme zu bestimmten Zeiten begrenzt. Ueberschreitet nun ein Sondernutzungsberechtigter den Umfang des ihm von der Verwaltungsbehörde eingeräumten subjektiven Rechts auf Wasserentnahme 271), so muss es als das Natürliche erscheinen, dass der durch die Ueberschreitung des Sondernutzungsrechts Benachteiligte den sein Recht verletzenden Teil im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage belangen kann. Beide Sondernutzungsberechtigte stehen sich auf gleicher Ebene, als echte Parteien mit entgegengesetzten Interessen gegenüber. Ueber den Streitgegenstand sind die beiden streitenden Teile ebenso verfügungsberechtigt wie etwa zwei im Zivilprozess sich gegenüberstehenden Parteien über ihr Eigentum zu verfügen berechtigt sind. Veräussert im Zivilrecht eine Person eine ihr gehörige Sache, so verliert sie damit in der Regel ihre Verfügungsmacht darüber. Oder: Wird einem Eigentümer im Wege der Zwangsenteignung das Eigentum entzogen, so mangelt ihm ebenso vom Augenblick der Vollendung des Enteignungsaktes an das Verfügungsrecht über dasselbe. Ganz parallel liegt der Sachverhalt in unserem Falle. Hat die Verwaltungsbehörde kraft des ihr zustehenden Aufsichtsrechts 272) dem sein Recht Ueberschreitenden sein Sondernutzungsrecht auf Wasserentnahme aus dem öffentlichen Gewässer entzogen, so ist damit nichts anderes geschehen, wie wenn der Eigentümer im Gebiete des Zivilrechts seine Sache veräussert hätte oder er sein Eigentum und damit das Verfügungsrecht darüber im Wege der Zwangsenteignung verloren hätte. Den bisher Sondernutzungsberechtigten fehlt nunmehr, wie Hofacker und Rupp am oben angeführten Orte ausführen, das „Verfügungsrecht" über den

269) Vom Verf. gesperrt.

270) Vgl. a. a. O. S. 83.

271) Dass es sich hiebei um ein subjektives Recht handelt, geht aus dem Wortlaut des Art. 35 WasserGes. klar hervor, da in Art. 35 „Recht" und „Interesse" in deutlichen Gegensatz zu einander gestellt sind.

272) Vgl. Art. 1 WassGes.

Streitgegenstand. Solange aber den beteiligten Parteien ein Sondernutzungsrecht zusteht und der eine Sondernutzungsberechtigte den andern im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage in die Schranken seines Rechts zurückverweist, ohne dass die Verwaltungsbehörde eingreift, besteht auch das „Verfügungsrecht" der Parteien über den Streitgegenstand. Dieses Verfügungsrecht wird auch durch die „Ueberlagerung der Rechtsstellung der Parteien durch die Staatsbehörde" hier nicht beschränkt oder beeinträchtigt. Der Einwand Hofackers und Rupps gegen die Berechtigung einer Ueberweisung solcher Angelegenheiten in das Parteistreitverfahren, dass den Parteien als wesentliche Voraussetzung eines jeden Parteiverfahrens das Verfügungsrecht über den Streitgegenstand fehle, ist demnach unzutreffend. Auch wenn man mit Rupp annimmt, dass die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien etwas Bedingtes, Sekundäres gegenüber dem Rechts- und Pflichtverhältnis zum Staat sind, so ist doch nicht einzusehen, warum die Rechtsbeziehungen zwischen zwei Parteien, solange diese „primären" Rechtsbeziehungen des Staats zu einer der Parteien nicht mobilisiert werden, nicht ein echtes Parteiverhältnis darstellen sollen.

Untersuchen wir weiter zur Klärung der wirklichen rechtlichen Verhältnisse die Ziff. 20 und 24 des Art. 10 VRG, die Wegebau- und Wasserrechtsstreitigkeiten zum Gegenstand haben, da der Streitstand nur an einzelnen Beispielen fruchtbringend erörtert werden kann. Diesen Streitigkeiten wird vielfach 273) die Natur von echten Parteistreitigkeiten abgesprochen. 274) So hat vor allem Teuffel 275) versucht, diesen Nachweis zu erbringen. Die folgende Auseinandersetzung mit der Auffassung Teuffels und der Rechtsnatur der Streitigkeiten der Ziff. 20—24 des Art. 10 VRG wird gleichzeitig weiterhin unsere Ansicht, dass die Scheidung von Rechtsbeschwerdesachen und Parteistreitigkeiten innerlich begründet ist, bestätigen und noch eingehender begründen.

---

273) Vgl. auch Hofacker, a. a. O. S. 82/83.

274) Bekanntlich enthält Art. 10 VRG nicht nur echte Parteistreitigkeiten; es sind in Art. 10 VRG Gegenstände aufgenommen, die ihrem Wesen und ihrer inneren Struktur nach nicht in das Parteistreitverfahren gehören; massgebend waren für deren Zuweisung in die Tabelle des Art. 10 teils prakrische Gründe, teils sind sie aus Verkennung ihrer wirklichen Rechtsnatur in den Art. 10 eingewiesen worden. Die Parteistreitigkeiten des Art. 10 VRG sind als Ganzes genommen Parteistreitigkeiten im formalen Sinn.

275) a. a. O. S. 57/58.

Die Gründe, die Teuffel S. 57/58 dafür anführt, um darzutun, dass die Fälle der Ziff. 20 und 24 des Art. 10 VRG sich für die Erledigung im Parteistreitverfahren nicht eignen, reichen zum Beweis seiner Behauptung nicht aus. Teuffel geht davon aus, dass der Staat einen Baulastverpflichteten in Anspruch nimmt, der, wenn ihm eine solche Verbindlichkeit nicht obliegt, im Wege des Parteistreitverfahrens gegen den nach seiner Meinung Verpflichteten vorgehen muss. Besteht nun zwischen dem in Anspruch Genommenen und dem von ihm Verklagten kein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis, kraft dessen der eine dem andern gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, dann fehle es an einer unerlässlichen Voraussetzung jedes Prozessverfahrens, nämlich an einem zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnis. Gegen diese Auffassung lässt sich einmal einwenden, dass es für den von einer Behörde zur Erfüllung seiner angeblichen Baulast durch Verwaltungsverfügung angehaltenen angeblich Baupflichtigen durchaus kein Zwang ist, im Parteistreitverfahren nach einem für ihn nicht mit Sicherheit feststellbaren Verpflichteten zu suchen, so dass also der Staat auf Kosten der Privatpartei von der Gefahr enthoben wird, einen Prozess zu verlieren 276); der zur Erfüllung seiner angeblichen Baulast von der Behörde angehaltene angeblich Verpflichtete kann ja auch, wenn er sich durch Verfügung der zuständigen Behörde zu Unrecht belastet hält, im Wege des Art. 13 vorgehen und braucht damit nicht nach dem in Wirklichkeit Verpflichteten zu suchen. Daraus folgt aber nicht, wie Teuffel 277) annimmt, dass „für dieselben Gegenstände beide Verfahrensarten Anwendung finden können 277); denn es handelt sich hier um zwei völlig von einander verschiedene Rechtsbeziehungen. Klagt der zu Unrecht von der Verwaltungsbehörde in Anspruch Genommene gegen den nach seiner Meinung in Wirklichkeit Verpflichteten, so handelt es sich um die Feststellung von Rechten und Pflichten, die diese beiden Parteien zu einander haben und die auf gleicher Ebene liegen. Wehrt sich dagegen der von der Verwaltungsbehörde zu Unrecht in Anspruch Genommene gegen die ihn belastende Verwaltungsverfügung, so sind dem Beschwerdeführer etwaige Verpflichtungen anderer Baulastpflichtigen vollkommen gleichgültig und werden durch sein Vorgehen gegenüber der Verwaltungsbehörde auch rechtlich in keiner Weise berührt; er steht vielmehr

276) Teuffel, a. a. O. S. 58.

277) a. a. O. S. 58.

als Gewaltunterworfener unmittelbar der öffentlichen Gewalt gegenüber und hat als solcher durchaus nicht eine auf gleicher Ebene liegende Parteistellung, wie er sie im Parteistreitverfahren seinem Gegner gegenüber hat. Damit ist die Unrichtigkeit der Behauptung Teuffels, die übrigens in der Literatur verschiedentlich wiederkehrt 278), dass bezüglich der Fälle des Art. 10 VRG in grossem Umfang für dieselben Gegenstände beide Verfahrensarten anwendbar seien, widerlegt. 279) Die Versuche Teuffels, nachzuweisen, dass die Fälle der Ziff. 20 und 24 für die Erledigung im Parteistreitverfahren nicht geeignet seien, haben überdies noch eine weitere Schwäche. Teuffel erklärt u. a., dass, wenn unter den Parteien dieses nach Ziff. 20 und 24 eingeleiteten Verfahrens kein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis bestehe, es an einer unerlässlichen Voraussetzung eines jeden Prozessverfahrens, nämlich an einem zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnis fehle. 280) Dies ist jedoch kein stichhaltiger Einwand gegen die Berechtigung des Parteistreitverfahrens. Auch im Zivilprozess kommt es häufig vor, dass der Kläger mit seiner Klage aus dem Grund abgewiesen wird, weil sein Anspruch nicht besteht, da es zu seiner Begründung an tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen fehlt. Haben nun die Parteien über das Bestehen oder Nichtbestehen des klägerischen Anspruchs in der mündlichen Verhandlung eingehend gestritten und ergibt nun die Beweisaufnahme, dass ein Anspruch des Klägers gegenüber dem Beklagten tatsächlich nicht besteht, so wird niemand behaupten wollen, dass hier in Wirklichkeit ein Prozess gar nicht stattgefunden

278) Vgl. z. B. Hofacker, a. a. O. S. 82. „ . . . Es war also von jeher möglich, dass ein und derselbe Streit im Wege des Parteistreitverfahrens oder im Wege der Rechtsbeschwerde an den VGH gelangte, . . . In Wirklichkeit handelt es nicht beidesmal um „ein und denselben Streit", da es sich bei dem Weg des Parteistreitverfahrens um die auf gleicher Ebene liegenden Rechtsbeziehungen von Partei zu Partei, im Falle der Rechtsbeschwerde dagegen um das Rechts- und Unterwerfungsverhältnis öffentliche Gewalt — Gewaltunterworfener handelt. Von diesem Gesichtspunkt aus ist auch Art. 16 VRG anfechtbar. Es handelt sich zwar beidesmal um denselben „Gegenstand" im weiteren Sinne, jedoch beidesmal um verschiedene Rechtsbeziehungen.

279) Eine Partei kann allerdings, anstatt Klage im Parteistreitverfahren zu erheben, die Verwaltungsbehörde durch Verwaltungsbeschwerde veranlassen, gegen den Gegner im Parteistreitverfahren eine Verwaltungsverfügung zu erlassen, womit dann eine Grundlage für eine Rechtsbeschwerde nach Art. 13 VRG geschaffen ist. Vgl. auch Geier a. a. O. S. 100/101.

280) a. a. O. S. 57.

hat. Auch dieser Einwand Teuffels gegen die Berechtigung des Parteistreitverfahrens in den Fällen der Ziff. 20 und 24 des Art. 10 VRG ist damit als unzutreffend erledigt.

Auch von dieser Seite her kann also die Berechtigung des Parteistreitverfahrens nicht angefochten werden.

Im übrigen ist in diesem Zusammenhang noch folgendes zu erwägen. An sich ist die Verwaltungs- und Aufsichtsbehörde verpflichtet, darauf zu achten, im gegebenen Falle etwa einen Baulastpflichtigen, eventuell auch unter Anwendung von Zwangsmitteln, dazu anzuhalten, seine öffentlichrechtliche Baulastverpflichtung zu erfüllen; dies wird die Verwaltungsbehörde sicher in der Regel tun. Es sind aber Fälle denkbar, in denen die Verwaltungsbehörden, die die Aufsicht über die ordnungsgemässe Erfüllung der öffentlichrechtlichen Baulasten auszuüben haben, an der Erfüllung dieser Verpflichtung ein geringes Interesse haben, so dass etwa der Wegebaupflichtige sich seiner Instandhaltungs- und Baupflicht entzieht, oder dass die Verwaltungsbehörde aus Irrtum es unterlässt, den Wegebaupflichtigen zur Erfüllung seiner Pflicht heranzuziehen. Warum soll nun in diesen und ähnlich gelagerten Fällen etwa ein besonders interessierter Anlieger, den ebenfalls eine Wegbaulast an einer Teilstrecke des von einem andern Wegebaupflichtigen nicht instandgehaltenen Weges trifft und für den infolge der Pflichtverletzung des andern Wegebaupflichtigen der Weg infolge seines mangelhaften Zustands unbenützbar ist, nicht im Wege der Klage in einem Parteistreitverfahren die Erfüllung der Verpflichtung des andern Baubelasteten nicht erzwingen können!

Alle diese Erwägungen führen dazu, die Berechtigung eines Parteistreitverfahrens grundsätzlich und auch gerade in solchen Fällen anzuerkennen.

Abgesehen von den bisher eingehender erörterten Streitigkeiten sind als die typischen Parteistreitsachen die Streitigkeiten über Ansprüche aus öffentlichrechtlichen Verträgen und über Erstattungsansprüche, hier insbesondere die Fürsorgestreitigkeiten zu bezeichnen. 281) Auf eine eingehende Untersuchung des Art. 10 VRG daraufhin, welche von diesen Streitsachen echte Parteistreitigkeiten sind und welche nicht, muss hier verzichtet werden.

Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes hat sich ebenfalls auf den von uns vertretenen Standpunkt der

281) Vgl. auch Klumpp, a. a. O. S. 47 und Geier, Protokolle der 8. Sitzung der Kommission für das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 8. Dezember 1927 S. 5.

inneren Notwendigkeit einer Scheidung zwischen Rechtsbeschwerde- und Parteistreitsachen gestellt. Zuständig für die Entscheidung der Parteistreitigkeiten, der Klagesachen, ist der VGH. In den Art. 69—91 Entw. ist für die Parteistreitigkeiten ein besonderes, von dem Rechtsbeschwerdeverfahren verschiedenes Verfahren vorgesehen. Der Art. 69 Entw. entspricht dem seitherigen Art. 10 VRG. Die Zuständigkeit des VGH in Parteistreitsachen ist wie bisher im Wege des Enumerationsprinzips geregelt. Ob sämtliche in den Art. 69 Entw. eingewiesenen Gegenstände als echte Parteistreitsachen angesprochen werden können, muss ebenfalls einer speziellen Untersuchung vorbehalten bleiben.

Das gegenwärtig geltende Recht, das als reines Uebergangsrecht angesprochen werden muss, kennt, wie wir schon eingangs erwähnt haben, ein Parteistreitverfahren im Sinne eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nur noch in beschränktem Umfang. Durch Verordnung vom 10. 3. 1924 282) wurden im Zuge der Vereinfachung der Verwaltung im weiteren Sinne auch die Kreisregierungen, die u. a. nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz zur Entscheidung der in Art. 10 VRPflG genannten Streitigkeiten in I. Instanz zuständig waren, aufgehoben 283), so dass auch über das Schicksal der Parteistreitigkeiten entschieden werden musste. Auf Grund des § 2 der Verordnung des Staatsministeriums vom 10. 3. 1924 erging die Verordnung des Staatsministeriums vom 26. 3. 1924, die in § 13 für die bisherigen Parteistreitigkeiten folgendes angeordnet hat: „Die Streitigkeiten, in denen bisher die Kreisregierungen als Verwaltungsgerichte I. Instanz zuständig waren, werden zunächst im Verwaltungsweg von den Behörden, in deren Geschäftsbereich der Gegenstand des Streits gehört, entschieden. Durch Ministerialverfügung kann bestimmt werden, welche Behörden im Verwaltungsweg zu entscheiden haben. Gegen die Entscheidung steht den Beteiligten die Rechtsbeschwerde an den VGH zu." Die bisherigen Parteistreitigkeiten, für deren Entscheidung bisher die Kreisregierungen zuständig waren, werden also jetzt „im Verwaltungsweg entschieden" und zwar von den Behörden, die in Ausführung des § 13 Satz 2 der Verordnung des Staatsministeriums vom 26. 3. 1924 hiezu durch die Verordnung des Ministeriums des Innern, des Kultministe-

282) RegBl 1924 S. 120.

283) Schon bei den Beratungen über das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1876 dachte man an die Aufhebung der Kreisregierungen (vgl. Hohl, a. a. O. S. 112).

riums und des Arbeits- und Ernährungsministeriums vom 24. 3. 1925 284) bestimmt worden sind. 285) Gegen die Entscheidung dieser Behörden ist sodann Rechtsbeschwerde an den VGH zulässig. 286) Mit dieser Verweisung der Parteistreitigkeiten in den Verwaltungsweg ist nur negativ angeordnet, dass die Verfahrensvorschriften des VRG für die bisherigen Parteistreitsachen nicht mehr direkt zur Anwendung kommen. Positiv ist nicht gesagt, in welchen Formen und unter welchen Modalitäten sich das Verfahren zur Entscheidung der bisherigen Parteistreitigkeiten abzuspielen hat. Es ist in § 13 der Verordnung des Staatsministeriums vom 26. 3. 1924 auch nicht stillschweigend auf die Behandlung der fraglichen Streitigkeiten in einem allgemeinen, dem üblichen Verwaltungsverfahren verwiesen, da eine solche allgemeine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens in Württemberg nicht besteht. 287) Wohl finden sich in einzelnen württ. Spezialgesetzen und Verordnungen Verfahrensvorschriften, die für die Erledigung bestimmter spezieller Verwaltungssachen vorgeschrieben und einzuhalten sind, so z. B. für Gewerbesachen, im Gebiete des Fürsorgewesens, der Gemeinde- und Bezirksverwaltung, für die Zwangsenteignung, für das Verfahren in Wasserpolizei- und Bausachen und auf andern Teilgebieten der Verwaltung von untergeordneterer Bedeutung. Diese speziellen Verfahrensvorschriften sowie die auf § 66 der württ. Verfassung vom 25. 9. 1919 beruhenden allgemeinen Vorschriften für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren können jedoch auf die „Verwaltungssachen" im Sinne des § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924, die nach ihrer Zuweisung an sich in das Gebiet, für das die speziellen Verfahrensvorschriften jeweils erlassen sind, fallen würden, nicht ohne weiteres angewandt werden, da die nach § 13 im „Verwaltungsweg" nunmehr zu entscheidenden verwaltungsgerichtlichen Parteistreitsachen ihrer inneren Natur nach Parteistreitsachen geblieben sind. Dies gilt auch für die Parteistreitigkeiten nach Art. 10 VRG, die gar keine Parteistreitigkeiten im materiellen Sinne sind, da sie nur aus praktischen Gesichtspunkten in die Tabelle des Art. 10 eingereiht worden sind; denn diese Streitigkeiten sind nun einmal durch das Gesetz zu Parteistreitigkeiten gestempelt

284) Jetzt in der Fassung der Verordnung vom 14. 8. 1931.

285) Vgl. auch die Ministerialverfügung des Ministeriums des Innern vom 14. 5. 1924 (RegBl S. 334).

286) Wer diese Behörden im einzelnen Fall sind, dazu vgl. Geier, a. a. O. S. 97 ff.

287) Vgl. jedoch § 66 der württ. Verfassung vom 25. 9. 1919.

worden, an welcher Tatsache nicht vorüber gegangen werden kann. Es sind daher, da der „Verwaltungsweg" des § 13 vom Gesetzgeber nicht geregelt worden ist und ein solcher allgemeiner Verwaltungsweg auch vorher positivrechtlich nicht bestanden hat, die speziellen Verfahrensvorschriften, in deren Verfahrensbereich die bisherigen Parteistreitigkeiten fallen würden, für die Behandlung und Entscheidung dieser Streitsachen aber nicht passen, die Verfahrensvorschriften des VRG, die bisher für die Parteistreitigkeiten des Art. 10 verbindlich waren, sowie die zivilprozessualen Vorschriften entsprechend dem Art. 72 VRG. für das Verwaltungsverfahren nach § 13 vor den in § 2 der Verordnung des Ministeriums des Innern, des Kultministeriums und des Arbeits- und Ernährungsministeriums vom 24. 3. 1925 bestimmten Verwaltungsbehörden sinngemäss anzuwenden.

Dies bedarf näherer Begründung. Nehmen wir an, es handle sich um eine Streitigkeit nach Ziff. 3 des Art. 10 VRG in Verbindung mit § 4 des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. 11. 1867, für deren Entscheidung jetzt das Oberamt, bei grossen und mittleren Städten die Ministerialabteilung für Bezirks- und Körperschaftsverwaltung zuständig ist. Nach § 4 des Freizügigkeitsgesetzes ist unter den dort bestimmten Voraussetzungen eine Gemeinde befugt, einen Neuanziehenden abzuweisen. Der Neuanziehende tritt hier der Gemeinde nicht als gleichberechtigtes Rechtssubjekt gegenüber, sondern tritt als eine den Hoheitsbefugnissen der Gemeinde unterworfene Person in die Erscheinung. Die Einreihung dieses Falls in den Katalog des Art. 10 VRG erscheint demnach als systemwidrig und ist nicht daraus zu erklären, dass die Gemeinde nicht als Trägerin einer Hoheitsverwaltung, sondern lediglich als Zusammenschluss von Bewohnern, der Aufenthaltsuchende aber als ein diesem Zusammenschluss gleichberechtigter Träger eines subjektiven Rechts, nämlich des Rechts auf Freizügigkeit betrachtet wurde. Diese Konstruktion ist gesucht und entspricht jedenfalls der heutigen Auffassung über die Stellung der Gemeinde ihren Einwohnern gegenüber nicht mehr. Nun muss man aber von dem tatsächlichen Vorhandensein der Ziff. 1 in Art. 10 VRG ausgehen, die auch durch die Verordnung vom 24. 3. 1925 nicht aufgehoben, sondern nur modifiziert wurde. Danach handelt es sich bei dem Gegensatz zwischen Gemeinde und Neuanziehendem um eine Verwaltungsstreitigkeit. Die in Art. 10 VRG aufgezählten Fälle sind auch nach der Verordnung vom 24. 3. 1925 Verwaltungsstreitigkeiten geblieben. § 1 der Verordnung sagt

ausdrücklich: diese Streitigkeiten werden zunächst im Verwaltungsweg entschieden. Nach wie vor tragen also diese Streitigkeiten einen besonderen Charakter. Wenn Streitigkeiten vorliegen, dann müssen Parteien vorhanden sein, zwischen denen Streit besteht; zwischen einer Behörde, die einen obrigkeitlichen Akt vollzieht und dem Bürger, der sich diesem Akt nicht fügen will, besteht kein Partei-, sondern ein Unterwerfungsverhältnis. Man wird aber, so unnatürlich und insbesondere unseren heutigen Anschauungen widersprechend diese Auffassung auch erscheinen mag, davon ausgehen müssen, dass der Verfügungsbeschluss der Gemeindebehörde nicht ein Verwaltungsakt gegen einen Gewaltunterworfenen ist, sondern lediglich eine Parteiverlautbarung, woraus dann folgt, dass die Entscheidung des Oberamts zumindest eine erstinstanzliche quasiverwaltungsgerichtliche Entscheidung darstellt; die von den Verwaltungsbehörden auf Grund des § 13 der Verordnung des Staatsministeriums vom 26. 3. 1924 in Verbindung mit der Verordnung vom 24. 3. 1925 getroffenen Entscheidungen sind sachlich Akte der Verwaltungsrechtsprechung. 288) Diese Auffassung erscheint insbesondere im Hinblick auf die Verordnung vom 24. 3. 1925 gerechtfertigt, die, wie gesagt, von „Streitigkeiten" spricht, die im Verwaltungsweg „entschieden" werden. 289) Diese mit Absicht gewählte Formulierung weist mit Sicherheit darauf hin, dass die hier auszuübenden Funktionen der Verwaltungsbehörden sachlich in erster Linie Rechtsprechungsfunktionen sind, da die Entscheidungstätigkeit die typische Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist. 290) Ueberdies weist Hofacker, der im übrigen das gerade Gegenteil der hier vertretenen Auffassung, mit der wir uns unten noch auseinandersetzen werden, vertritt, mit Recht darauf hin, dass durch die hier mehrfach zitierten Verordnungen der Verwaltungsrechtsschutz im Ergebnis nicht verkümmert werden sollte. 291) Wir haben in anderem Zusammenhang

288) So auch mit Recht Urteil des VGH vom 15. 7. 1925, in: WüRV 1926 S. 39 ff: „ . . . Ueber diesen Streit hat das Oberamt und im Rechtsbeschwerdeverfahren die Ministerialabteilung für Bezirks- und Körperschaftsverwaltung als Rechtsprechungsorgan (vom Verf. gesperrt) anstelle des früher hiefür zuständigen Verwaltungsgerichts I. Instanz entschieden."

289) Vgl. auch die Anm. Ziff. 4, 6, 10, 17 zu Art. 10 VRG bei Gerber, Sammlung von württ. Landesgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts.

290) Vgl. auch Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 300.

291) Vgl. a. a. O. S. 82.

292) nachgewiesen, dass eine Verwaltungsbehörde dann ein Verwaltungsgericht, also ein Rechtsprechungsorgan auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts ist, wenn sein primärer Zweck der der Rechtsschutzgewährung ist. Wollten die genannten Verordnungen den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen und ist die Ueberweisung der fraglichen Streitigkeiten von den Kreisregierungen als Verwaltungsgerichten 1. Instanz an die in § 1 der Verordnung vom 24. 3. 1925 bezeichneten Verwaltungsbehörden lediglich aus den Gründen der Sparsamkeit und der Verwaltungs- und Verwaltungsorganisationsvereinfachung erfolgt, so muss die Aufgabe der mit der Entscheidung dieser Streitigkeiten beauftragten Behörden sein, als Ersatz für die weggefallenen Kreisregierungen als Verwaltungsgerichte I. Instanz Rechtsschutz zu gewähren. Sind die in § 1 der letztgenannten Verordnungen benannten Verwaltungsbehörden Rechtsschutzorgane, so sind die von ihr erlassenen Akte sachlich solche der Rechtsprechung. Dabei ist der Mangel besonderer Verfahrensvorschriften kein Einwand gegen die Richtigkeit unserer Auffassung. 293)

Diese Auffassung wird weiter gestützt, wenn wir die eigentlichen Grundlagen der fraglichen Verordnungen einer Untersuchung unterziehen. Den massgeblichen Verordnungen vom 26. 3. 1924 und vom 24. 3. 1925 selbst ist zwar eine amtliche Begründung nicht beigegeben; es wird vielmehr lediglich verwiesen auf die Denkschrift über die Vereinfachung der Staatsverwaltung vom Jahre 1911, die sich damals schon mit der Vereinfachung der Verwaltung und Verwaltungsorganisation eingehend beschäftigt hat. Die Denkschrift von 1911, die sich ihrerseits auch schon für eine Aufhebung der Kreisregierungen ausgesprochen hatte, hatte sich infolgedessen auch mit der Frage nach dem Schicksal der Parteistreitigkeiten des Art. 10 VRG befasst. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz sollte danach, soweit die Kreisregierungen zuständig waren, unter die Oberämter bzw. die Bezirksräte, die zu bildenden Ministerialabteilungen für Körperschaftsverwaltung und Gewerbe- und Wasserpolizei als Verwaltungs*gerichte* aufgeteilt werden. 294) Die ganze Denkschrift von 1911, auf die in den Ministerialakten als Grundlage für die genannten Verordnungen verwiesen wird, spricht insbesondere von

292) Vgl. o. S. 32.

293) Nachweis s. o. S. 25.

294) Vgl. S. 455 Beil. 6 an dem in der nächsten Anmerkung a. O.

den Oberämtern nur als von Verwaltungsgerichten 295), mit andern Worten: Die Denkschrift von 1911 hat in richtiger Würdigung der Rechtsnatur der Parteistreitigkeiten diese Streitsachen von einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren und von einer verwaltungsgerichtlichen Behörde, den Kreisregierungen, an eine andere Instanz als Verwaltungsgericht verweisen wollen. Wenn in den Ministerialakten zur Begründung der Verordnungen auf die fragliche Denkschrift von 1911 verwiesen wird, so wird auf deren sachlichen Gehalt verwiesen, der eben der dargelegte ist. Wenn nun in § 13 der Verordnung vom 26. 3. 1924 von einer Entscheidung der Streitigkeiten im „Verwaltungsweg" gesprochen wird, so ist dies ein nach dem inneren Wesen der zu entscheidenden Streitigkeiten modifizierter Verwaltweg, auf den, da er sowieso nicht rechtlich geregelt ist,

295) Die uns massgeblichen Stellen der „Denkschrift über Vereinfachungen in der Staatsverwaltung", die enthalten ist in: Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1911/1912 Beil. Bd. 109, Stuttgart 1911, S. 337 ff, insbesondere S. 387 ff (B. Die hauptamtlich besetzten Kollegienbehörden des Departements des Innern) lauten (S. 392): „Der etwaige Gedanke an die Bildung eines an die Stelle der Kreisregierungen tretenden besonderen Gerichtshofs I. Instanz für verwaltungsgerichtliche Fälle muss, abgesehen von anderen Bedenken, schon wegen des Mangels genügender Beschäftigung eines solchen Gerichts ausscheiden, es muss vielmehr bezüglich der Verteilung der Geschäfte an einen ähnlichen Weg gedacht werden, wie bei der Unterbringung der übrigen Aufgaben der Kreisregierungen, also in erster Linie an die Ueberweisung der verwaltungsrichterlichen Tätigkeit an die Bezirksinstanz." . . . (S. 393): „Als nun bei Neuordnung des Gegenstandes eine Kürzung des Instanzenzugs wenigstens im Parteistreitverfahren angestrebt und die Zahl der verwaltungsgerichtlichen Instanzen auf zwei beschränkt wurde, handelte es sich darum, ob das Verwaltungsgericht I. Instanz beim Oberamt oder bei der Kreisregierung gebildet werden sollte . . . Die kollegialische Verfassung der Oberämter ist mit der Schaffung des Bezirksrats erreicht und damit eines der Bedenken gegen die Uebertragung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen an die Oberämter beseitigt; das weitere Bedenken, es möchte eine gewisse Befangenheit der Oberämter in Fällen zu fürchten sein, in denen der Gegenstand eines Rechtsstreits das als Verwaltungsgericht tätig werdende Amt bereits als Verwaltungsbehörde beschäftigt hat, lässt sich nie ganz ausschalten, wenn Verwaltungsbehörden zugleich eine verwaltungsgerichtliche Tätigkeit zugewiesen wird und konnte auch den Kreisregierungen gegenüber erhoben werden . . . Das Bedenken, die Oberämter möchten den Anforderungen, welche die Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt, weniger gewachsen sein, trifft jedenfalls nicht für das ganze Gebiet der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu." (Sämtliches gesperrt Gedruckte vom Verfasser gesperrt.)

Beil. 6 (S. 455) bringt einen Vorschlag der Zuständigkeitsverteilung der bisherigen verwaltungsrichterlichen Aufgaben der Kreisregierungen auf verschiedene Verwaltungsbehörden.

die für die Entscheidung im bisherigen Verfahren und vor der bisherigen Instanz massgeblichen Vorschriften des kreisgerichtlichen Parteistreitverfahrens sinngemässe Anwendung finden müssen.

Hofacker, der sich schon mit Geier, der im Ergebnis und grundsätzlich in seiner Auffassung unserem Standpunkt nahe kommt, über die vorliegenden Fragen auseinandergesetzt hat, steht dem gegenüber auf folgendem Standpunkt. Er erklärt 296): „Es ist doch das Natürliche, dass das Staatsministerium, wenn es vom Verwaltungsweg und von der Rechtsbeschwerde in einer organisatorischen Verordnung spricht, damit eben den bestehenden Verwaltungsweg und die bestehende Rechtsbeschwerde meint, daraus erklärt sich ohne weiteres, dass das Staatsministerium eine Regelung dieser beiden Wege nicht treffen wollte noch konnte". Abgesehen davon, dass die Unrichtigkeit dieser Auffassung schon aus unseren vorstehenden Ausführungen hervorgeht, muss man Hofacker die Frage vorlegen: welchen Verwaltungsweg meint er mit dem „bestehenden Verwaltungsweg"? Es gibt ja, wie wir bereits oben 297) festgestellt haben, kein allgemeines Verwaltungsverfahren in Württemberg und für die Streitigkeiten des Art. 10 VRG bestehen nur zum Teil spezielle Verfahrensvorschriften. Demnach bleibt tatsächlich für eine Reihe ehemaliger durch die Kreisregierungen zu entscheidenden Streitsachen gar keine andere Möglichkeit, als dass für das Verfahren, in dem diese Streitigkeiten zu erledigen sind, auf das bisherige Verfahren vor den Kreisregierungen nach dem VRG zurückgegriffen wird, welches Verfahren auch das einzige nach geltendem württ. Verwaltungsrecht ist, das für die Entscheidung dieser Streitigkeiten ihrer inneren Natur nach passt. Wenn ausserdem Hofacker die fraglichen Verordnungen als „organisatorische" Verordnungen bezeichnet, so muss doch nach Möglichkeit alles, was sachlich zum Wesen der Parteistreitigkeiten gehört, im Rahmen der neuen „Organisation" erhalten bleiben, also auch, soweit es im Rahmen der organisatorischen Veränderungen möglich ist, das dem inneren Wesen dieser Streitsachen angeglichene Verfahren erhalten bleiben.

Zuletzt sprechen für unsere Auffassung erhebliche praktische Bedürfnisse, die Klumpp 298) zutreffend dahin formuliert hat: „Es wäre der Sache selbst nicht gedient,

296) a. a. O. S. 81.
297) S. 103.
298) a. a. O. S. 48.

wenn sich in der I. Instanz ein blosses Vorverfahren entwickeln würde...; dadurch würde praktisch der VGH zur einzigen Instanz und, da das Sieb eines solchen Vorverfahrens nur wenige Fälle auffangen und zu endgültiger Erledigung kommen lassen würde, auch sehr stark überlastet, die Arbeit des Vorverfahrens aber in allen diesen Fällen zu einer ziemlich unnützen Doppelarbeit. Diese praktischen Erwägungen ... führen zu der Forderung, dass das Verwaltungsverfahren der I. Instanz hinsichtlich der Form wie der Intensität des Verfahrens vor dem VGH möglichst gleichwertig gestaltet werden muss; nur dann kann es wirklich zur Entlastung des VGH und zur Beschleunigung der endgültigen Erledigung dieser Art von Streitigkeiten dienen." Die Ausgestaltung des Verfahrens, das nach Klumpp der Form und der Intensität nach dem Verfahren vor dem VGH möglichst gleichwertig zu gestalten ist, kann, wie wir gesehen haben, aber nur eine solche sein, die die Vorschriften der Art. 23—42 VRG unter besonderer Berücksichtigung des Art. 72 VRG sinngemäss Anwendung finden lässt.

Im Einzelnen wäre demnach für das Verfahren vor den in § 1 VO vom 24. 3. 1925 für die Entscheidung der ehemaligen Parteistreitigkeiten zuständigen Verwaltungsbehörden vor allem folgendes zu beachten. Es wird, wie auch in dem bisherigen Parteistreitverfahren vor den Kreisregierungen, die Untersuchungsmaxime gelten müssen. Mündliche Verhandlungen werden ebenfalls stattfinden können und auf jeden Fall muss für beide Parteien, also auch für diejenige, die das Verfahren nicht in Gang gesetzt hat, die Möglichkeit rechtlichen Gehörs bestehen. Zutreffend hat schon Geier 299) darauf hingewiesen, dass eine Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen nur insoweit in Frage kommen kann, als hiefür eine besondere gesetzliche Vorschrift besteht 300); ebensowenig kann ein Erscheinen von Auskunftspersonen erzwungen werden, soweit dies nicht nach Art. 2 des Gesetzes betreffend die Aenderung des Landespolizeistrafgesetzes vom 27. 12. 1871, vom 12. 8. 1879 möglich ist. In allen in Frage kommenden Fällen der bisherigen Parteistreitigkeiten nach Art. 10 VRG wird die Entscheidung die Verurteilung zu einer Leistung, insbesondere auch die Aussprechung von Ersatzpflichten zum

299) a. a. O. S. 99.

300) Vgl. z. B. die Ministerialverfügung vom 30. 10. 1907 (RegBl. S. 747) § 5 Ziff. 7 auf Grund von § 21 Gewerbeordnung.

Gegenstand haben können. 301) Von besonderer praktischer Bedeutung ist noch die Entscheidung der Frage, ob eine im Verwaltungsverfahren im Sinn des § 13 Satz 2 Verordnung vom 26. 3. 1924 ergangene Entscheidung der Rücknahme durch die sie erlassende Behörde fähig ist. Dies ist zu verneinen. Göz 302) steht mit der herrschenden Meinung auf dem Standpunkt 303), dass Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, die Ausfluss der Verwaltungsrechtsprechung sind, den gerichtlichen Urteilen gleichzustellen sind, also unwiderruflich sind. Aehnlich sagt Jellinek 304): „Enthält ein Verwaltungsakt eine Entscheidung, dann besteht die Vermutung für seine Unwiderruflichkeit nach Analogie der gerichtlichen Urteile." Da wir die Entscheidungen der fraglichen Verwaltungsbehörden als quasiverwaltungsgerichtliche Entscheidungen auffassen und die Tätigkeit dieser Behörden sachlich als Rechtsprechung bezeichnen, so können wir in dieser Frage nur zu dem Ergebnis kommen, dass diese Entscheidungen von Seiten der sie erlassenden Behörden, wie auch durch die beteiligten Parteien, unwiderruflich sein müssen, ihnen sogar materielle Rechtskraft zukommen muss. 305)

Unserer Auffassung, dass der „Verwaltungsweg" im Sinne des § 13 der Verordnung vom 26. 3. 1924 ein im dargelegten Sinne modifizierter Verwaltungsweg ist, entspricht es, dass die Rechtsbeschwerde des § 13 der genannten Verordnung nicht dieselbe sein kann, wie die des Art. 13 VRG. 306) Das Rechtsbeschwerdeverfahren nach Art. 13 VRG und das Verfahren nach § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 sind zwei gesonderte Verfahrensarten 307), da die früheren Parteistreitigkeiten auch in dieser Verfahrenslage ihre Natur als Parteistreitigkeiten behalten haben. 308) Typisch für die Rechtsbeschwerde nach Art. 13 VRG ist,

---

301) Aehnlich Geier, a. a. O. S. 99.

302) Vgl. a. a. O. S. 4 ff.

303) Vgl. auch Art. 86 des Entwurfs einer Verwaltungsverfahrensordnung für Württemberg.

304) a. a. O. S. 273.

305) So auch Geier, a. a. O. S. 99.

306) Mit Geier, Protokolle der 8. Sitzung der Kommission für das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 8. Dezember 1927 S. 4.

307) So auch Urteil des VGH vom 13. 11. 1925 in: WüRV 1926 S. 77 ff; ebenso das bisher nichtveröffentlichte Urteil des VGH Nr. 2251, Proz.-L. II Nr. 98/1931; des weiteren Geier a. a. O. S. 111; anderer Ansicht Hofacker, a. a. O. S. 81.

308) So auch mit Recht das Votum Schick zu Proz.-L., II Nr. 98/1931 vor dem württ. VGH S. 5.

dass der Beschwerdeführer unmittelbar der Staatsgewalt gegenübersteht und zwar als Gewaltunterworfener. Bei den Parteistreitsachen nach Art. 10 VRG dagegen stehen sich zwei Parteien in gleicher prozessualer Rechtsstellung auf gleicher Ebene gegenüber, ohne dass der Staat in der Regel unmittelbar beteiligt ist. Wenn diese Streitigkeiten nun durch § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 in den Rechtsbeschwerdeweg verwiesen worden sind, so sind sie darum trotzdem der Sache nach Parteistreitigkeiten geblieben und es fragt sich, wie dieses Rechtsbeschwerdeverfahren auszubilden ist, indem diese „Rechtsbeschwerdesachen" zu erledigen sind. Für die nach § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 „im Verwaltungsweg" zu entscheidenden erstinstanzlichen Streitigkeiten war es naheliegend, bezüglich des Verfahrens, in dem sie zu erledigen waren, auf das frühere Verfahren I. Instanz vor den Kreisregierungen zurückzugreifen, da ja die Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden als erstinstanzliche quasiverwaltungsgerichtliche Erkenntnisse aufzufassen sind und in Württemberg eben ein allgemeines Verwaltungsverfahren nicht bestand. Die Frage, in welchem Verfahren die Rechtsbeschwerdesachen nach § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 zu erledigen sind, ist jedoch ungleich schwieriger, da § 13 unzweideutig von „Rechtsbeschwerde" spricht und damit augenscheinlich auch auf das schon bestehende Rechtsbeschwerdeverfahren verweist. Hofacker [309] ist tatsächlich dabei stehen geblieben und verweist die Rechtsbeschwerdesachen des § 13 in das schon bestehende Rechtsbeschwerdeverfahren, das im VRG für die Rechtsbeschwerde des Art. 13 VRG geregelt ist. Auch der VGH hat sich, wohl unter dem Einfluss Hofackers, nicht dazu entschliessen können, der inneren Natur der Dinge Rechnung zu tragen; er hat sich jedoch immerhin in der Erkenntnis, dass das Rechtsbeschwerdeverfahren nach Art. 13 und dasjenige nach § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 zwei gesonderte Verfahrensarten sind, auf den folgenden Standpunkt gestellt [310]: „Die Bezeichnung des in § 13 Verordnung des Staatsministeriums vom 26. 3. 1924 zur Anfechtung von Verwaltungsentscheidungen gewährten Rechtsschutzmittels als Rechtsbeschwerde in Verbindung mit der Unterlassung der Aufstellung von Verfahrensvorschriften lässt es aber als im Sinn der genannten Verordnung liegend erscheinen, dass für das Verfahren der dort eingeführten Rechtsbeschwerde die Vorschriften

309) a. a. O. S. 81.
310) Vgl. Urteil des VGH vom 14. 7. 1925, in: WüRV 1926 S. 39 ff.

des VRG über das Rechtsbeschwerdeverfahren in Art. 17 ff, soweit sie nicht die Voraussetzungen für das Verfahren festsetzen, sinngemäss anzuwenden sind, einschliesslich derjenigen, welche Folgerungen aus der auch für die gegenwärtige Rechtsbeschwerde massgebenden Eigenschaft als nachträglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit enthalten." Dem gegenüber muss nochmals betont werden, dass die Rechtsbeschwerdesachen des § 13 nach wie vor ihrem Wesen nach Parteistreitigkeiten geblieben sind. Daraus folgt für uns, dass von den Vorschriften, die das VRG für das Rechtsbeschwerdeverfahren aufgestellt hat 311), nur diejenigen auf das Verfahren nach § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 sinngemäss anwendbar sind, die rein formaler Natur sind und dem inneren Wesen der Parteistreitigkeiten nicht entgegenstehen. Sämtliche Vorschriften des VRG über das Rechtsbeschwerdeverfahren dagegen, die, entsprechend der oben von uns aufgezeigten Wesensverschiedenheit zwischen den Parteistreitigkeiten und den Rechtsbeschwerdesachen, nur auf die auf dem Verhältnis der Ueber- und Unterordnung beruhenden Rechtsbeschwerdesachen (Art. 13 VRG) passen, können nicht, auch nicht sinngemäss, zur Anwendung kommen. An ihre Stelle treten die entsprechenden Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes über das Rechtsmittel der Berufung 312), da die Rechtsbeschwerde des § 13 VO vom 26. 3. 1924 der früheren Berufung gegen die erstinstanzlichen Urteile der Kreisregierungen entspricht. Diese Vorschriften sind auf das Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 13 sinngemäss anwendbar.

Sonach scheiden für das Rechtsbeschwerdeverfahren im Sinn des § 13 Verordnung vom 26. 3. 1924 von den für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach Art. 13 VRPflG vom Verwaltungsrechtspflegegesetz gegebenen Gesetzesbestimmungen vor allem aus die Art. 64 Abs. 1, 70 und 71 VRPflG, da diese beiden letzteren Bestimmungen „einen Schutz gegen das Uebergreifen der Verwaltungsrechtsprechung auf das der Verwaltung vorbehaltene Gebiet" bilden sollen und demgemäss nur bei Streitfällen des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt, wie sie Art. 13 VRPflG zum Gegenstand hat, anwendbar sind. 313) In vollem Umfang gelten die allgemeinen Verfahrensbestimmungen der Art. 17—23 VRPflG, die sowohl für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach Art. 13 VRPflG gelten als auch Gültigkeit für das

311) Art. 59—72 VRG.

312) Vgl. Art. 43 ff. VRPflG.

313) Vgl. Geier, a. a. O. S. 113.

Parteistreitverfahren gehabt haben. Von den Bestimmungen der Art. 43 ff VRPflG finden auf das Rechtsbeschwerdeverfahren des § 13 VO vom 26. 3. 1924 insbesondere sinngemässe Anwendung die Art. 45, 47 314) und 49. Sinngemässe Anwendung werden auch die Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren 315) finden müssen.

314) Im Gegensatz zu Art. 63. VRPflG.
315) Art. 52 ff VRPflG.

Schluss und Ausblick.

Die Arbeit, die im Wesentlichen auf dem z. Zt. ihrer Abfassung geltenden positiven Recht (Staats- und Verwaltungsrecht) aufbaut, war im wesentlichen schon fertiggestellt, bevor die Veränderung der staatsrechtlichen Verhältnisse, die äusserlich betrachtet mit der Reichstagswahl vom 5. 3. 1933 begann, sich vollzogen hatte. Wird daher vom Verfasser in der Arbeit von dem „Parteienstaat", der einen auf breiter Basis aufgebauten Verwaltungsrechtsschutz als besonders nötig erscheinen lässt, gesprochen, so bezieht sich das natürlicherweise auf den Staat der Weimarer Verfassung vom 11. August 1919; denn der neue autoritäte Staat wird in seiner vollendeten Ausgestaltung keine Parteien im bisherigen Sinne mehr kennen.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird auch im neuen autoritäten Staat, der nach Konsolidierung der Uebergangsverhältnisse ein Rechtsstaat gleich jedem andern modernen Staatswesen sein wird, wenn auch vielleicht nicht mehr im bisherigen Umfang, so doch grundsätzlich erhalten bleiben. Es liegt zwar im Sinne der Staatsauffassung des „Dritten Reichs", überall dort, wo es sich um Entscheidungen politischer Art auch von untergeordneter Bedeutung handelt, den Willensentschluss der zur Entscheidung einer Verwaltungssache berufenen Instanz als letztverbindlich zu erklären. Es liegt im Sinne jedes auf dem Führerprinzip bis in den letzten Winkel der Verwaltung hinein aufgebauten autoritären Staatswesens, überall da, wo es sich um die Durchführung des Staatswillens im weitesten Sinne handelt, die Ausführungsorgane dieses Willens mit endgültiger Entscheidungsgewalt zu versehen. Dementsprechend ist zu erwarten, dass de lege ferenda der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz dort beseitigt oder beschränkt werden wird — aber auch nur dort —, wo einer Verwaltungsentscheidung oder -verfügung in auch noch so bescheidenem Masse politische Bedeutung zukommen wird.

Darum hat unsere Abhandlung auch infolge der zu erwartenden Neugestaltung der Rechtsschutzverhältnisse auf dem Gebiete der Verwaltung grundsätzlich nicht an Bedeutung verloren, wenn auch der Umfang der Verwaltungsgerichtsbarkeit voraussichtlich beschnitten werden wird. Nach wie vor wird aber der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz erhalten bleiben auf den Gebieten der eigent-

lichen und reinsten Verwaltung, die also von dem Gebiete des Staatsrechts und der staatspolitischen Verhältnisse am weitesten entfernt sind. Dies sind aber die Gebiete, die schon bisher im Mittelpunkt der verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit lagen. Es sind dies insbesondere: das Bau-, Wasser- und Wegerecht, das Steuerrecht und das Recht der öffentlichen Fürsorge. Gerade auch in Bezug auf das Fürsorgerecht werden die Funktionen des VGH erhalten bleiben, da es die Staatsinteressen letzten Endes nicht berührt, welcher Fürsorgeverband eine Fürsorgelast endgültig zu tragen hat.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit bleibt demnach auf den Gebieten erhalten, auf denen ihr bisher schon, insbesondere praktisch, die grösste Bedeutung zukam.

Stuttgart, den 25. März 1933.

Es ist mir ein Bedürfnis, auch an dieser Stelle meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. K. Sartorius, meinen aufrichtigen Dank auszusprechen für die Ueberlassung des Themas und die Anregungen sowie das jederzeitige Entgegenkommen, insbesondere auch für die freundliche Zurverfügungstellung der Sitzungsprotokolle der Kommission für die Ausarbeitung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg.

Auch danke ich dem bisherigen Präsidenten des Württ. Verwaltungsgerichtshofs, Herrn Staatsrat Dr. h. c. Edmund Rau, für das grosse Interesse und die vielseitigen Anregungen, die er mir jederzeit durch Rat und Tat zuteil werden liess.

Besonderen Dank sage ich auch Herrn Rechtsanwalt Dr. E. Natter, dessen praktische Winke mir bei Anfertigung der Arbeit von grossem Wert waren.

Ebenso bin ich Herrn Oberregierungsrat Dr. Heinrich Klumpp zu Dank verpflichtet.

Lebenslauf.

Ich, Theodor Gerhard Gulde, bin geboren am 5. Februar 1909 als Sohn des Pfarrers Theodor Gulde und seiner Ehefrau Klara geb. Sigle in Heiningen OA. Göppingen. Zuerst besuchte ich je ein Jahr lang die Volksschule in Heiningen, die Elementarschule am Realgymnasium in Göppingen und die Vorklasse bei derselben Anstalt. 1919 trat ich in das Realgymnasium in Göppingen ein, wo ich im Februar 1927 das Zeugnis der Reife erlangte. Hierauf bezog ich anschliessend die Universität Tübingen (SS 1927- bis WS 1928/29) und war bei der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät immatrikuliert. Das SS 1929 verbrachte ich an der Universität Königsberg, das WS 1929/30 und SS 1930 an der Universität Berlin, das WS 1930/31 und SS 1931 wiederum an der Universität Tübingen, wo ich im Spätjahr 1931 die erste höhere Justizdienstprüfung bestand. Hierauf war ich am Amtsgericht und beim Bezirksnotariat Tübingen als Referendar tätig und bin seit 28. April 1933 der Staatsanwaltschaft Stuttgart zugeteilt.